

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مبادئ حقوق افغانستان

(ويرايش سوم)

نظام الدين عبدالله
محصل مقطع دكتورى حقوق خصوصى

سال: ۱۴۰۳ خورشيدى

نام کتاب:

مبای حقوق افغانستان

مؤلف:

نظام الدین عبدالله (محصل مقطع دکتری حقوق خصوصی)

برگ آرای:

مؤلف

ناشر:

نوبت و سال چاپ:

سوم، ۱۴۰۳ خورشیدی

فهرست مطالب

۱.....	مقدمه.....
۴.....	بخش اول: تعریف، انواع، هدف و مبانی حقوق.....
۶.....	فصل اول: تعریف و انواع حقوق.....
۶.....	مبحث اول: تعریف.....
۷.....	گفتار اول (تعریف غایی و آرمانی حقوق).....
۸.....	گفتار دوم (تعریف تحقق‌ی حقوق).....
۱۶.....	مبحث دوم (انواع).....
۱۶.....	گفتار اول (حقوق طبیعی).....
۲۳.....	گفتار دوم (حقوق الهی).....
۲۳.....	گفتار سوم (حقوق موضوعه).....
۲۷.....	فصل دوم: موضوع، هدف، مبانی حقوق و تعریف مبادی حقوق و فرق حقوق با حق.....
۲۷.....	مبحث اول (هدف و موضوع حقوق).....
۲۷.....	گفتار اول (هدف حقوق).....
۲۹.....	گفتار دوم (موضوع حقوق).....
۲۹.....	گفتار سوم (فرق حقوق با حق).....
۳۰.....	مبحث دوم (تعریف مبادی حقوق و هدف آن و مبانی حقوق).....
۳۰.....	گفتار اول (تعریف مبادی حقوق).....
۳۱.....	گفتار دوم (هدف مبادی حقوق).....
۳۱.....	گفتار سوم (تعریف مبنا و برخی مبانی حقوق).....

۳۴	فصل سوم: رابطه حقوق با برخی علوم
۳۴	مبحث اول) رابطه حقوق با فلسفه
۳۴	مبحث دوم) رابطه حقوق با اخلاق
۳۶	مبحث سوم) رابطه حقوق و جامعه شناسی
۳۶	مبحث چهارم) رابطه حقوق و اقتصاد
۳۷	مبحث پنجم) رابطه حقوق و علوم سیاسی
۳۸	مبحث ششم) رابطه حقوق با تاریخ

بخش دوم: منابع حقوق افغانستان

۴۳	فصل اول: قوانین در مفهوم عام
۴۳	مبحث اول) معنی لغوی و تعریف قانون در مفهوم خاص و عام
۴۶	مبحث دوم) پیشینه قوانین عادی در افغانستان
۵۲	مبحث سوم) انواع قانون در افغانستان
۵۵	فصل دوم: قانون اساسی و قانونگذاری توسط قوه مؤسس
۵۵	مبحث اول) تعریف قانون اساسی و قوه مؤسس
۵۵	گفتار اول) تعریف قوه مؤسس
۵۶	الف) قوه مؤسس اصلی
۵۷	ب) قوه مؤسس فرعی
۵۷	ج) جانشین قوه مؤسس
۵۸	گفتار دوم) قانون اساسی
۵۹	الف) قانون اساسی براساس معیار ماهوی
۶۱	ب) قانون اساسی براساس معیار شکلی
۶۲	ج) تعریف قانون اساسی براساس معیار ماهوی و شکلی
۶۲	مبحث دوم) شیوه های وضع قانون اساسی به طور عام
۶۳	گفتار اول) شیوه های مردم سالار
۶۴	گفتار دوم) شیوه های غیر مردم سالار وضع قانون اساسی
۶۵	مبحث سوم) قانونگذاری اساسی در افغانستان
۶۵	گفتار اول) تسوید
۶۶	گفتار دوم) تصویب
۷۴	گفتار سوم) انفاذ، توشیح و نشر
۷۵	مبحث چهارم) تعدیل قانون اساسی
۷۵	گفتار اول) تعریف
۷۶	گفتار دوم) مینا

گفتار سوم) شیوه های تعدیل قانون اساسی به طور عام.....	۷۶
گفتار چهارم) تعدیل قانون اساسی در افغانستان.....	۸۱
مبحث پنجم) نسخ قانون اساسی.....	۸۶
گفتار اول) تعریف.....	۸۶
گفتار دوم) نسخ قانون اساسی در افغانستان.....	۸۶
فصل سوم: قانون عادی.....	۸۹
مبحث اول) تعریف قانون عادی.....	۸۹
گفتار اول) قانون عادی براساس معیار ماهوی.....	۸۹
گفتار دوم) قانون عادی براساس معیار شکلی.....	۹۰
گفتار سوم) نتیجه گیری در مورد قانون عادی.....	۹۲
مبحث دوم) مبنا و حدود صلاحیت قانونگذاری شورای ملی.....	۹۳
گفتار اول) مبنای صلاحیت قانونگذاری شورای ملی.....	۹۳
گفتار دوم) حدود صلاحیت قانونگذاری شورای ملی.....	۹۴
مبحث سوم) تسوید و پیشنهاد طرح قانون.....	۹۵
گفتار اول) تسوید و پیشنهاد توسط حکومت.....	۹۶
گفتار دوم) پیشنهاد توسط ستره محکمه.....	۹۸
گفتار سوم) پیشنهاد توسط شورای ملی.....	۹۹
مبحث چهارم) مشوره خواهی.....	۱۰۰
مبحث پنجم) تدقیق قانون.....	۱۰۱
گفتار اول) تعریف.....	۱۰۱
گفتار دوم) نحوه تدقیق.....	۱۰۱
مبحث ششم) تأیید طرح قانون توسط کمیته قوانین، شورای وزیران و کابینه.....	۱۰۴
گفتار اول) تعریف.....	۱۰۴
گفتار دوم) نحوه تأیید طرح قانون در کمیته قوانین.....	۱۰۵
گفتار سوم) تأیید طرح قانون در شورای وزیران و کابینه.....	۱۰۶
مبحث هفتم) تصویب طرح قوانین توسط شورای ملی.....	۱۰۷
گفتار اول) روند عادی تصویب.....	۱۰۷
گفتار دوم) مراجعه به هیأت مختلط.....	۱۱۴
مبحث هشتم) توشیح توسط رئیس جمهور.....	۱۱۷
گفتار اول) تعریف توشیح.....	۱۱۷
گفتار دوم) صلاحیت رد مصوبه توسط رئیس جمهور.....	۱۱۷
مبحث نهم) نشر در جریده رسمی.....	۱۱۹

۱۱۹	گفتار اول) تعریف و هدف نشر
۱۱۹	گفتار دوم) مرجع و زمان نشر
۱۲۱	گفتار سوم) موضوع و زبان نشر
۱۲۲	مبحث دهم) انفاذ
۱۲۲	گفتار اول) تعریف
۱۲۳	گفتار دوم) زمان انفاذ قانون
۱۲۴	مبحث یازدهم) تعدیل، حذف، ایزاد، ضمایم و نسخ قانون عادی
۱۲۴	گفتار اول) تعدیل
۱۲۵	گفتار دوم) حذف
۱۲۵	گفتار سوم) ایزاد
۱۲۵	گفتار چهارم) ضمایم
۱۲۶	گفتار پنجم) نسخ قانون عادی
۱۲۷	فصل چهارم: فرمان
۱۲۷	مبحث دوم) تعریف فرمان
۱۲۷	گفتار اول) تعریف حقوقی
۱۲۸	گفتار دوم) تعریف قانونی
۱۲۹	مبحث اول) انواع فرمان
۱۲۹	گفتار اول) فرمان تقنینی
۱۳۳	گفتار دوم) فرامین غیرتقنینی
۱۳۵	فصل پنجم: مقررہ
۱۳۵	مبحث اول) تعریف و انواع مقررہ
۱۳۵	گفتار اول) تعریف
۱۳۶	گفتار دوم) انواع مقررات
۱۳۷	مبحث دوم) شرایط وضع مقررہ
۱۳۷	گفتار اول) وضع مقررہ توسط حکومت
۱۳۷	گفتار دوم) وضع مقررہ به منظور تطبیق خطوط اساسی سیاست کشور و اجرای وظایف حکومت
۱۳۸	گفتار سوم) مقررہ نباید مخالف نص و روح هیچ قانونی باشد
۱۴۱	مبحث سوم) مبنای و فرایند وضع مقررہ
۱۴۱	گفتار اول) مبنای وضع مقررہ
۱۴۳	گفتار دوم) فرایند وضع و تعدیل مقررہ
۱۴۵	فصل ششم: اساسنامه
۱۴۵	مبحث اول) تعریف

مبحث دوم) فرایند وضع اساسنامه ها.....	۱۴۶
فصل هفتم: لایحه.....	۱۴۹
مبحث اول) تعریف.....	۱۴۹
مبحث دوم) فرایند وضع و تعدیل لایحه.....	۱۵۰
فصل هشتم: طرز العمل.....	۱۵۱
مبحث اول) تعریف.....	۱۵۱
مبحث دوم) فرایند وضع و تعدیل.....	۱۵۱
فصل نهم: بودجه.....	۱۵۳
مبحث اول) تعریف و انواع بودجه.....	۱۵۳
مبحث دوم) ترتیب بودجه.....	۱۵۴
مبحث سوم) تصویب بودجه.....	۱۵۴
مبحث چهارم) نظارت بر بودجه.....	۱۵۹
فصل دهم: معاهدات بین المللی.....	۱۶۱
مبحث اول) تعریف معاهده.....	۱۶۱
مبحث دوم) تشریفات انعقاد معاهده.....	۱۶۲
مبحث سوم) تطبیق معاهدات در نظام حقوقی افغانستان و جایگاه آن.....	۱۶۴
فصل یازدهم: عدم شناسایی قانون ارگانیک.....	۱۶۹
مبحث اول) تعریف قانون ارگانیک.....	۱۶۹
مبحث دوم) تفاوت قانون ارگانیک با قانون عادی.....	۱۷۱
مبحث سوم) عدم شناسایی قانون ارگانیک در نظام حقوقی افغانستان.....	۱۷۲
فصل دوازدهم: سایر تقسیمات و سلسله مراتب و تفسیر و قوانین.....	۱۷۷
مبحث اول) تقسیمات قوانین از شکل.....	۱۷۷
گفتار اول) قوانین ماهوی.....	۱۷۷
گفتار دوم) قوانین شکلی.....	۱۷۷
گفتار سوم) قوانین ماهوی و شکلی.....	۱۷۷
مبحث دوم) تقسیمات قانون از نظر درجه الزام.....	۱۷۸
گفتار اول) قوانین امری.....	۱۷۸
گفتار دوم) قوانین اختیاری.....	۱۷۸
مبحث سوم) سلسله مراتب قواعد حقوقی و نظارت بر آن.....	۱۷۹
گفتار اول) تعریف سلسله مراتب قواعد حقوقی.....	۱۷۹
گفتار دوم) نظارت بر سلسله مراتب قواعد حقوقی.....	۱۸۰
مبحث چهارم) تفسیر قانون.....	۱۸۰

۱۸۱	گفتار اول) تعریف تفسیر و فرق آن با تعبیر و تأویل.....
۱۸۱	گفتار دوم) اهمیت.....
۱۸۲	گفتار سوم) اقسام و مرجع تفسیر.....
۱۸۸	فصل سیزدهم: شریعت
۱۸۸	مبحث اول) جایگاه دین در نظام های حقوقی.....
۱۹۳	مبحث دوم) دین رسمی دولت افغانستان.....
۱۹۳	مبحث سوم) جایگاه مذاهب در نظام حقوقی افغانستان.....
۱۹۷	مبحث چهارم) جایگاه فقه به عنوان منبع حقوق در نظام حقوقی افغانستان.....
۲۰۶	مبحث پنجم) عدم وضع قوانین مخالف شرع و رابطه این قوانین با شرع.....
۲۱۱	مبحث ششم) نظارت بر شرعی بودن قوانین.....
۲۱۳	مبحث هفتم) منابع فقه.....
۲۲۰	فصل چهاردهم: عرف و عادات
۲۲۰	مبحث اول) تعریف و ارکان.....
۲۲۱	مبحث دوم) ضمانت اجرا.....
۲۲۲	مبحث سوم) جایگاه عرف و عادات در نظام حقوقی افغانستان و رابطه عرف با قوانین.....
۲۳۲	فصل پانزدهم: اصول کلی حقوق و فرق اصل با قاعده
۲۳۲	مبحث اول) تعریف.....
۲۳۲	گفتار اول) معنی لغوی.....
۲۳۲	گفتار دوم) تعریف فقهی.....
۲۳۳	گفتار سوم) تعریف حقوقی.....
۲۳۵	مبحث دوم) تقسیمات اصول کلی حقوق.....
۲۳۵	گفتار اول) تقسیم بندی برخی اصول در حقوق افغانستان.....
۲۴۸	گفتار دوم) جایگاه اصول حقوقی در میان منابع حقوق.....
۲۴۹	مبحث سوم) تعریف قاعده و فرق قاعده با اصل.....
۲۴۹	گفتار اول) تعریف فقهی.....
۲۴۹	گفتار دوم) تعریف قاعده حقوقی و فرق آن با اصل حقوقی.....
۲۵۱	گفتار سوم) فرق بین قاعده حقوقی و اصل حقوقی.....
۲۵۱	مبحث چهارم) خصوصیات قواعد حقوقی.....
۲۵۲	گفتار نخست) موضوعه، مدون، مکتوبه و مصوب مرجع ذیصلاح بودن.....
۲۵۲	گفتار دوم) عمومیت و عدم مجرد بودن.....
۲۵۳	گفتار سوم) الزام آور بودن.....
۲۵۴	گفتار چهارم) برخورداری از ضمانت اجراء.....

گفتار پنجم) مخاطب ساختن اشخاص	۲۶۰
گفتار ششم) قواعد حقوقی، قواعد رفتاری است	۲۶۰
گفتار هفتم) آمره و ناهیه بودن قواعد امری	۲۶۰
گفتار هشتم) علنیت و معطوف به آینده بودن	۲۶۱
فصل شانزدهم: متحد المال ها و مصوبات ستره محکمه و دکترین	۲۶۲
مبحث اول) متحد المال های ستره محکمه	۲۶۲
مبحث دوم) دکترین	۲۶۸

بخش سوم: تقسیمات حقوق

فصل اول: حقوق ملی	۲۷۷
مبحث اول) کلیات	۲۷۷
گفتار اول) تعریف	۲۷۷
گفتار دوم) تقسیمات و پیشینه تقسیم	۲۷۷
گفتار سوم) روش های تقسیم	۲۷۸
گفتار چهارم) معیار تمیز حقوق عمومی و خصوصی	۲۸۰
مبحث دوم) تقسیم حقوق ملی در نظام حقوقی افغانستان	۲۸۳
گفتار اول) حقوق خصوصی	۲۸۳
الف) تعریف، هدف و اهمیت	۲۸۳
ب) پیشینه حقوق خصوصی در جهان و افغانستان	۲۸۴
ج) تقسیمات	۲۹۰
۱) حقوق مدنی	۲۹۰
اول) تعریف	۲۹۰
دوم) پیشینه	۲۹۰
سوم) روش های تقسیم و موضوعات مورد بحث حقوق مدنی	۲۹۰
چهارم) تفاوت حقوق مدنی با حقوق خصوصی و احوال شخصیه	۲۹۱
پنجم) تقسیمات حقوق مدنی در افغانستان	۲۹۴
اولاً) حقوق فامیل	۲۹۴
ثالثاً) حقوق عینی	۲۹۹
رابعاً) حقوق میراث	۳۰۲
خامساً) حقوق مالکیت های معنوی	۳۰۳
۲) حقوق تجارت	۳۰۳
گفتار دوم) حقوق عمومی	۳۰۴
الف) تعریف و پیشینه	۳۰۴

۳۰۵	هدف
۳۰۵	اهمیت
۳۰۶	تقسیمات
۳۰۷	(۱) حقوق عامه ماهوی
۳۰۹	اول (حقوق اساسی)
۳۱۲	دوم (حقوق و آزادی های عمومی و اساسی شهروندان)
۳۱۳	سوم (حقوق اداری)
۳۱۶	چهارم (حقوق مالیه)
۳۱۷	پنجم (حقوق کار)
۳۲۱	ششم (حقوق تأمین اجتماعی)
۳۲۳	هفتم (حقوق محیط زیست)
۳۲۴	هشتم (حقوق جزا)
۳۲۵	نهم (حقوق رسانه)
۳۲۵	دهم (حقوق بانکداری)
۳۲۵	(۲) حقوق عامه شکلی
۳۲۸	اول (اصول محاکمات مدنی)
۳۲۹	دوم (اصول محاکمات تجارتي)
۳۲۹	سوم (اصول محاکمات جزایی)
۳۳۰	چهارم (اصول محاکمات اداری)
۳۳۰	پنجم (اصول محاکمات کار)
۳۳۳	ششم (اصول محاکمات مالیه)
۳۳۵	هفتم (دادرسی اساسی Judicial review)
۳۳۷	فصل دوم: حقوق بین الملل
۳۳۸	مبحث اول (حقوق بین الملل عمومی)
۳۴۶	مبحث دوم (حقوق جزای بین الملل)
۳۴۷	مبحث سوم (حقوق معاهدات بین الملل)
۳۴۷	مبحث چهارم (حقوق بین الملل دریاها)
۳۴۷	مبحث پنجم (حقوق دیپلماتیک و کنسولی)
۳۴۷	مبحث ششم (حقوق بین الملل محیط زیست)
۳۴۸	مبحث هفتم (حقوق بین الملل خصوصی)
۳۴۹	مبحث هشتم (حقوق بین الملل پناهندگی)
۳۴۹	مبحث نهم (حقوق تجارت بین الملل)

مبحث دهم) حقوق بشر دوستانه بین الملل ۳۵۰

بخش چهارم: حق

فصل اول: تعریف، مصادر و ارکان حق ۳۵۴

مبحث اول) تعریف ۳۵۴

گفتار اول) تعریف فقهی ۳۵۵

گفتار دوم) تعریف حقوقی ۳۵۷

گفتار سوم) تعریف طبیعی ۳۶۰

مبحث دوم) مصادر ۳۶۱

گفتار اول) در فقه ۳۶۲

گفتار دوم) در حقوق ۳۶۳

مبحث سوم) ارکان ۳۶۵

گفتار نخست) اعطا کننده حق ۳۶۵

گفتار دوم) صاحب حق ۳۶۵

گفتار سوم) محل حق ۳۶۹

گفتار چهارم) داشتن ضمانت اجراء ۳۶۹

فصل دوم: تقسیمات حق در حقوق خصوصی ۳۷۱

مبحث اول) تقسیمات حق به اعتبار صاحب آن ۳۷۱

گفتار نخست) حق الله ۳۷۱

گفتار دوم) حق العبد ۳۷۲

گفتار سوم) حق مشترک ۳۷۴

مبحث دوم) تقسیمات حق به اعتبار اسقاط و عدم اسقاط ۳۷۵

گفتار اول) عدم اسقاط پذیری حق الله ۳۷۵

گفتار دوم) اسقاط حق مشترک ۳۷۵

گفتار سوم) اسقاط حق العبد ۳۷۵

مبحث سوم) تقسیم حق به اعتبار تأیید و عدم تأیید قضا ۳۷۷

گفتار اول) حق دینی ۳۷۷

گفتار دوم) حق قضایی ۳۷۷

گفتار سوم) فایده تقسیم حق به اعتبار تأیید و عدم تأیید قضا ۳۷۸

مبحث چهارم) تقسیم حق به اعتبار محل آن ۳۷۸

گفتار نخست) حق غیرمالی ۳۷۸

گفتار دوم) حق مالی و انواع آن ۳۷۹

الف) حق عینی ۳۸۱

۳۸۹ (ب) حق شخصی (تعهد / حق دینی، وجیبه، التزام) و فرق آن با تکلیف
۴۰۴ (ج) فرق بین حق عینی و حق دینی
۴۰۴ مبحث پنجم) سایر تقسیمات
۴۰۴ گفتار اول) تقسیمات حق العبد به ارث بردن
۴۰۵ گفتار دوم) تقسیم حق به اعتبار دایره وسعت
۴۰۶ گفتار سوم) تقسیم حق به اعتبار زمان پیدایش
۴۰۶ گفتار چهارم) تقسیم حق به اعتبار مدت
۴۰۷ گفتار پنجم) تقسیم حق به اعتبار زمان اجراء
۴۰۷ گفتار ششم) تقسیم حق به اعتبار ثبات و عدم ثبات
۴۰۸ گفتار هفتم) حق معنوی
۴۱۰ فصل سوم: تقسیمات حق در حقوق عامه و بین الملل
۴۱۰ مبحث سوم) تقسیمات حق در حوزه حقوق بین الملل
۴۱۰ گفتار اول) حق دولت ها
۴۱۰ گفتار دوم) حق های بشر
۴۱۲ مبحث دوم) تقسیمات حق در ساحه حقوق عامه
۴۱۳ گفتار اول) تعریف حق های عمومی
۴۱۳ الف) حق های دولت
۴۱۳ ب) حق های اتباع
۴۱۴ ۱) حق های سیاسی
۴۱۴ ۲) حق های مدنی
۴۱۴ ۲) حق های اساسی
۴۱۹ فصل چهارم: نقل و زوال حق
۴۱۹ مبحث اول) نقل حق
۴۲۰ مبحث دوم) زوال حق

بخش پنجم نهاد های حقوقی

۴۲۲ فصل اول: لویه جرگه
۴۲۲ مبحث اول) تعریف و ترکیب
۴۲۴ مبحث دوم) حالات تدویر، انتخاب رئیس و هیأت اداری، نصاب و مباحثات
۴۲۶ فصل دوم: دولت
۴۲۶ مبحث اول) تعریف دولت
۴۲۹ مبحث دوم) حکومت

٤٢٩	مبحث سوم) اداره
٤٣٤	گفتار اول) ادارات مركز حكومت
٤٣٥	گفتار دوم) وزرات ها
٤٣٥	گفتار سوم) ادارات مستقل
٤٣٦	گفتار چهارم) شركت هاى دولتى
٤٣٦	گفتار پنجم) ساير نهاد
٤٣٦	مبحث چهارم) شوراى مى
٤٣٧	مبحث پنجم) قوه قضائيه
٤٣٧	گفتار اول) ستره محكمه
٤٣٨	دوم) محاكم استيناف
٤٤٠	گفتار سوم) محاكم ابتدائيه
٤٤٥	فصل سوم: ساير نهاد هاى حقوقى
٤٤٥	مبحث اول) لوى خازنوالى
٤٤٦	مبحث دوم) انجمن مستقل وكالائى مدافع
٤٤٩	مبحث هفتم) كميسيون مستقل اصلاحات ادارى و خدمات ملكى
٤٥٤	فهرست منابع

اختصارات:

قانون اساسی	ق. ا
قانون مدنی	ق. م
قانون مدنی افغانستان	ق. م. ا
قانون اصول محاکمات تجارتي	ق. ا. م. ت
قانون اصول محاکمات مدنی	ق. ا. م. م.
قانون مدنی جديد مصر	ق. م. ج. م
قانون جزاء	ق. ج
جلد	ج
رجوع کنيد به	ر. ک
نگاه کنيد به	نک
هجري شمسي	ه. ش
هجري قمری	ه. ق
ميلادی	م
صفحه	ص
صفحات	صص
چاپ	چ
بدون تاريخ	بی تا

مقدمه

مبادی حقوق و نظام حقوقی هر مملکت یکی از مباحث مهم در نظام های حقوقی کشورها از جمله افغانستان است. در مبادی حقوق بحث در مورد چگونگی نظام حقوقی یک مملکت معین است. از همین رو، استادان حقوق اکثر کشورها، کتاب های در مورد مبادی حقوق که در عین حال معرف نظام حقوقی آن کشور است، به رشته تحریر در آورنده اند.

به رغم اهمیت معرفی نظام حقوقی افغانستان تا اکنون پژوهش مستقلانه که نظام حقوقی افغانستان را معرفی نماید، صورت نگرفته است. البته، در افغانستان تعداد محدود استادان در این باره کتاب های به رشته تحریر در آورنده اند. اما، این کتاب ها در واقع معرف نظام حقوقی افغانستان نیستند و بیشتر به نظریه های عمومی در علم حقوق پرداخته اند. نوشتن کتابی در مورد مبادی حقوق افغانستان که واقعاً معرف نظام حقوقی افغانستان باشد کار آسانی نیست، زیرا:

۱) مبادی حقوق افغانستان یکی از مغلق و مشکل ترین مضامین است. مغلق و مشکل ترین از این جهت است که دانستن این رشته از حقوق مستلزم دانستن تخصصی تاریخ حقوق، فلسفه حقوق، جامعه شناسی حقوق، منابع حقوق، مبنای حقوق، تقسیمات حقوق و دانستن کلیات هر رشته، رابطه قوانین وضعی با شریعت و ... است.

در نتیجه، نویسنده این رشته باید در همه این رشته ها تا اندازه تخصص داشته باشد، در غیر این صورت، کتابی که ارایه می نماید، ناقص و غیرتخصصی خواهد بود. در نتیجه، نویسنده مبادی حقوق باید تا اندازه ای متخصص حقوق خصوصی، عامه و بین الملل باشد و مطالعه این سه رشته عمده حقوق

که به شاخه های فرعی متعدد تقسیم می شوند، به طور تخصصی خیلی زمانگیر، طولانی و مشکل است؛

۲) نوشتن کتاب در مبادی حقوق افغانستان مستلزم آشنایی و شناخت نهادهای حقوقی افغانستان اعم از قوه مقننه، مجریه، قضائیه و سایر نهاد های مستقل مانند: کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی، شورای عالی کار، شورای عالی رسانه ها و امثال اینها است. در عین حال، مبادی حقوق افغانستان یکی از با اهمیت ترین مضامین نیز است، زیرا: ۱) این رشته حقوق خواننده را با نظام حقوقی افغانستان آشنا می نماید. به صورت مشخص تر: این مضمون حقوق را تعریف، فرق هایی را که میان حق و حقوق وجود دارد بیان، منابع حقوق و رشته های حقوق افغانستان و نیز نهادهای حقوقی افغانستان را معرفی و قواعد حقوقی را از سایر قواعد اجتماعی مجزا می نماید؛

۲) مبادی حقوق مُعرّف نوع نظام حقوقی افغانستان و جایگاه آن در میان نظام های حقوقی مرسوم کامن لا، رومن ژرمنیک، اسلام، کمیونیزم و مختلط است؛

۳) دانستن دقیق یکی از شاخه های حقوق و ریشه های آن در افغانستان و نیز رابطه آن با شاخه های دیگر مستلزم دانستن مبادی حقوق افغانستان است؛

۴) مبادی حقوق افغانستان علم فن استنباط قواعد حقوقی از منابع مختلف حقوق افغانستان است که عبارت اند از: قوانین به مفهوم عام، شرع، عرف و عادات، اصول کلی حقوق، رویه قضایی، معاهدات بین المللی و دکترین؛

۵) مبادی حقوق بیانگر تقسیمات حقوق به شاخه ها و رشته های مختلف حقوق است. بنابراین، جهت دانستن تقسیمات و شاخه های مهم حقوق چاره ای جز مطالعه مبادی حقوق نیست. با توجه به اهمیت مبادی حقوق در نظام حقوقی افغانستان، این کتاب در روشنایی قوانین نافذ افغانستان تألیف گردیده است. هدف از تألیف این کتاب فراهم نمودن فهم و نگرش حقوقی برای همه علاقمندان در مورد نظام حقوقی افغانستان است. در این کتاب از نظریه های عمومی در مورد حقوق و حقوق مقایسوی اجتناب صورت گرفته است. بنابراین، این کتاب بیشتر متمرکز بر حقوق افغانستان و نهاد های حقوقی آن است. این کتاب شامل چهار بخش است: بخش اول کلیات در مورد حقوق؛ بخش دوم: منابع حقوق افغانستان. بخش سوم: تقسیمات حقوق افغانستان و بخش چهارم: حق و بخش پنجم نهاد های حقوقی در افغانستان. مؤلف آرزومند است این کتاب برای علاقمندان مبادی حقوق و نظام حقوقی افغانستان مؤثر واقع شود.

و من الله توفیق

نظام الدین عبدالله محصل مقطع دکتری حقوق خصوصی

بخش اول: تعريف، انواع، هدف و مباني حقوق | ۳

کابل، میزان ۱۴۰۳ هجری شمسی

بخش اول: تعریف، انواع، هدف و مبانی حقوق

مانند حق در مورد حقوق نیز بحث و گفتگو فراوان است. برخی بر این نظر اند که حقوق را نمی توان تعریف کرد، مگر این که اول آن را تقسیم و سپس تعریف نماییم. این برداشت محل ایراد به نظر می رسد، زیرا، چنانچه در فصل اول این بخش کتاب خواهیم دید، حقوقدانان از زمان ایجاد فلسفه در حدود ۲۵۰۰ سال پیش حقوق را تعریف نموده اند و هنوز هم دانشمندان حقوق در صدد تعریف حقوق اند. از نظر منطقی نیز این نظر محل ایراد به نظر می رسد، زیرا از نظر منطقی اول باید یک پدیده تعریف و سپس تقسیم شود.

برخی دیگر بر این نظر اند که حقوق به حقوق عندی و حقوق آفاقی تقسیم می شود و ابتدا حقوق عندی و سپس حقوق آفاقی را باید جداگانه تعریف. این نظر نیز بی اساس به نظر می رسد و با کلمات بازی صورت گرفته است و در نظام حقوقی افغانستان مغالطه ایجاد کرده است زیرا در منابع معتبر علمی - پژوهشی حقوق که حداقل به لسان های عربی، انگلیسی و دری نوشته اند مفاهیمی به نام های حقوق عندی و حقوق آفاقی وجود ندارد. آنچه را برخی نویسندگان زیر نام حقوق عندی مطرح می نمایند، همان حق (Right) است. حقوق آفاقی نیز همان حقوق در مفهوم مجموعه قواعد است. با توجه به آنچه گفته شد، بخش اول این کتاب که در مورد حقوق در مفهوم مجموعه قواعد (Law) است، حاوی دو فصل است. در این بخش، تعریف و انواع حقوق (فصل اول) و موضوع، مبنا، اهداف، تعریف مبادی حقوق و فرق حق با حقوق (فصل دوم) را مورد بحث قرار می دهیم.

فصل اول: تعریف و انواع حقوق

مبحث اول: تعریف

در انگلیسی در افغانستان معمول است که هم به حقوق و هم به قانون «Law» می‌گویند. اما، اگر به منابع انگلیسی مراجعه صورت بگیرد، به حقوق در انگلیسی «Law» و به قانون «act/ statute» می‌گویند. اینکه در کجا منظور قانون است و در کجا حقوق باید خواننده و نویسنده آن را تفکیک نماید برای دانشجویان حقوق و اشخاص غیر حقوقدان بسیار مشکل است. اما، در فرانسوی برای این دو مفهوم دو کلمه جداگانه وجود دارد. در لسان فرانسه «Droit» به حقوق و «Loi» به قانون می‌گویند.^۱

در لسان عربی برخلاف فرانسه و مانند لسان انگلیسی برای کلمات حقوق و قانون دو کلمه جداگانه و مستقل وجود ندارد. بنابراین، در لسان عربی «القانون» به حقوق می‌گویند. در عربی حقوق را در مفهوم جمع حق استعمال می‌نمایند. در لسان دری مانند لسان فرانسه برای حقوق و قانون مفاهیم جداگانه وجود دارد که تفصیل هر دو در فصل اول و دوم این بخش و بخش دوم خواهد آمد. حقوق در زبان دری دارای چهار معنی به قرار شرح ذیل است:

۱) حق: گاهی حقوق به صورت جمع حق به کار می‌رود. در این صورت منظور از حقوق امتیازها، سلطه‌ها و ... است. حقوق بشر نیز به همین معنی به کار می‌رود و منظور از آن مجموعه قواعد نیست، بلکه مجموعه امتیازهای است که بشر دارد.

از همین جهت، آن را در انگلیسی «Human rights» می‌گویند نه «Human law» زیرا ترجمه «Human law» «قانون بشر» می‌شود. تفصیل حق در بخش اخیر این کتاب خواهد آمد.

۲) معاش: حقوق به معنی دستمزد (معاش) ماهانه نیز به کار می‌رود.

۱. سید ابوالفضل قاضی شریعت پناهی (۱۳۸۳). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ یازدهم، تهران: نشر میزان، ص ۳۳.

۳) **قاعده:** در این صورت، حقوق مجموعه قواعدی است حاکم بر یک مملکت، مانند: حقوق امریکا، فرانسه، افغانستان و امثال اینها.

۴) **علم:** حقوق به معنی تفسیر قانون و علم بررسی قانون به کار می رود مانند اینکه می گویند: دانشکده حقوق و علم حقوق. حقوق از جمله امور ذهنی است. همچنین، حقوق از جمله علوم اعتباری و هنجاری است. لذا، در مورد تعریف حقوق مانند سایر پدیده های اجتماعی و ذهنی تعریف واحدی وجود ندارد. آقای دل وکیو در این مورد می نویسد که: «همه کس می داند که حقوق چیست، ولی تعریف آن مشکل است.»^۲ امانوئل کانت فیلسوف شهیر آلمان نیز در این مورد می نویسد که: «حقوقدانان هنوز در جستجوی تعریف از مفهوم حقوق اند.»^۳ باوجوداین، در طول تاریخ حقوق، راجع به تعریف حقوق دیدگاه ها و تعاریف ذیل وجود داشته است:

گفتار اول) تعریف غایی و آرمانی حقوق

عده زیادی از متفکرین حقوق، حقوق را آن گونه که باید باشد نه آن گونه که است، تعریف کرده اند؛ به این توضیح که: این گروه وضعیت مطلوب و آرمانی حقوق را در نظر گرفته و فکر کرده اند که با پیروی از عقل می توان این وضعیت را در جوامع بشری به وجود آورد.

از قدیمی ترین این نظریات «حقوق طبیعی» است که در ابتداء توسط فلاسفه روم و یونان بیان شد و سپس توسط کلیسا رنگ و بوی مذهبی گرفت و به «حقوق الهی» در آمد. طرفداران نظریه حقوق طبیعی به وجود دو نوع حقوق معتقد اند: حقوق طبیعی یا فطری که در طبیعت انسان و دنیای اطراف او وجود دارد و ازلی و تغییر ناپذیر است و حقوقی که توسط قانونگذار وضع و توسط قضات اجراء می شود. سیسرون که از طرفدان این مکتب است می گوید که: «حقوق حد اعلی منطق است که در طبیعت نهاده شده؛ حکم به انجام اعمالی می کند که باید صورت گیرد و عکس آن را منع می کند.» ارسطو نیز منطق را اساس و مبنای حقوق تصور می کند.

سن توماس داکن می گوید: «حقوق قاعده و ضابطه اعمال است و به وسیله آن بشر به انجام و یا خودداری از انجام عمل مجبور می گردد.» در این هر سه نظر، منطق ریشه و مبنای حقوق است؛ در حالی که در زندگی روزمره مشاهده می کنیم که همه قوانین منطقی نیستند. گاهی اوقات منطقی که در قوانین رعایت شده، منطق حفظ منافع اقلیت محدودی است که توانسته اند خواست های خویش را به صورت قانون در آورند.

علاوه بر این، این تعاریف مبهم هستند، زیرا صرف استفاده از منطق نمی تواند ماهیت اصول و قواعدی را که باید بر سرنوشت انسان های جامعه حکومت کند، مشخص و معین نماید. امانوئل کانت فیلسوف شهیر آلمانی نیز برای حقوق جنبه غایی و آرمانی قایل است.

۲. دل وکیو (۱۳۸۰). فلسفه حقوق، مترجم: جواد واحدی، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۹.

۳. همان، دل وکیو، ص ۹.

به عقیده کانت: «حقوق عبارت است از مجموعه شروطی که مطابق آن اراده یک نفر، بر طبق اصل آزادی مشترک، با اراده دیگران تلفیق پیدا می کند.» در این تعریف، یک هدف و آرمان اخلاقی و سیاسی که «اصل آزادی مشترک» است، مبنای حقوق است. در حالی که، افراد در بسیاری از روابط حقوقی خود از جمله در مسایل جزایی و یا مواردی که فرد در برابر قدرت حاکمیت دولت قرار می گیرد، از آزادی برخوردار نیست و این وضعیت مطلوب و غایی نیز در عمل جنبه تحقق به خود نمی گیرد.

بلاکسون حقوقدان انگلیسی در تعریف حقوق می گوید که: «حقوق قاعده رفتار اجتماعی است که توسط قدرت عالی در یک کشور وضع می شود، به انجام اعمال صواب حکم می کند و از ارتکاب خطا منع می کند.» قسمت اول این تعریف که حقوق را قاعده وضع شده از طرف قدرت عالی کشور می داند، به تعریفی شبیه است که طرفداران مکتب تحقیقی از حقوق ارایه می نمایند، اما چون در قسمت دوم به مفاهیم «صواب» و «خطا» اشاره شده است، آن را در طبقه تعاریف و نظریات غایی حقوق قرار می دهد.

در انتقاد از این تعریف باید گفت که: اولاً همه قوانین که وضع می شوند لزوماً افراد را به خیر و صواب راهنمایی نمی کند؛ ثانیاً مفاهیم صواب و خطا کاملاً نسبی و ذهنی اند و ذکر اینها در تعریف حقوق مبهم و گمراه کننده است، زیرا این سؤال همیشه مطرح است که صواب و خیر چه است! داکتر امامی حقوقدان شهیر مدنی ایران در تعریف حقوق می گوید که: «حقوق [...] عبارت است از مجموعه قواعد الزامی که برای نظم روابط افراد و بهبود وضعیت جامعه وضع گردیده است.»

بر این تعریف نیز انتقاداتی که بر تعاریف در بالا ذکر شد، وارد است، زیرا در این تعریف نیز هدف و غایتی تصور شده است که «نظم روابط افراد و بهبود وضعیت جامعه» است که توسط قوانین که وضع می شود، تأمین نمی شود و یک وضعیت مطلوب و آرمانی در نظر می آورد که با حقایق خارجی جامعه مطابقت ندارد.^۴

گفتار دوم) تعریف تحقیقی حقوق

طرفداران حقوق تحقیقی، حقوق را آنگونه که است می شناسند، نه آنگونه که باید باشد. برخی از حقوقدانان اروپایی که نظریه «حقوق طبیعی» را مبهم و گمراه کننده و غیرواقعی می دانستند، از اوایل قرن نوزدهم در صدد برآمدند که «حقوق» را به طور کلی از مفاهیم اخلاقی و فلسفی جدا کنند و در بررسی و مطالعه آن نظم و ترتیب علمی را برقرار سازند. به عقیده این عده، علی الرغم اینکه می توان مسایل حقوقی را از جهات مختلف فلسفی و اخلاقی مطالعه و در باره آن قضاوت کرد، اما وظیفه قاضی و حقوقدان تنها این است که به قواعد و اصولی که حکم قانونی پیدا کرده اند، توجه کنند و در درک و اعمال آن بکوشند. به عقیده این گروه، از زمانی چنین قوانین وضع می شوند، دیگر بحث و انتقاد راجع به

بخش اول: تعریف، انواع، هدف و مبانی حقوق | ۹

ماهیت و جنبه اخلاقی آن بی فایده است و قاضی و حقوقدان باید صرفاً در درک معنای قانون و اجرای آن بکوشند.^۵ به عقیده این گروه، حقوق دارای سه خصوصیت است:

- حقوق از قواعدی تشکیل می شود که به رفتار انسان ناظر است؛ به این توضیح که: با جنبه فعلی و عکس العمل های انسان سر و کار دارد و در صدد تنظیم احساس و فکر انسان نیست؛

- این قواعد از طرف مقام یا مقامات صلاحیتدار وضع می شود؛ و

- این قواعد دارای ضمانت اجرا است که توسط دولت تضمین و اجراء می شود.^۶

طرفداران حقوق تحققی تعاریف ذیل را برای حقوق ارایه کرده اند:

۱- **تعریف امری حقوق:** در دوران جدید برخی از حقوقدانان انگلیس حقوق را «امریه» می دانند

که از طرف حاکم صادر می شود. توماس هابز فیلسوف شهیر انگلیسی به این عقیده است که: «حقوق به معنای اخص آن، کلام کسی است که حتماً نسبت به سایرین اختیار امر دارد». نوشته های گرانسنگ جرمی بنتام (۱۷۴۸-۱۸۳۳) یکی دیگر از طرفداران حقوق تحققی سهم بزرگی در فلسفه حقوق اثبات گرا و ارایه تحلیل نظام مند از حقوق و نظام حقوقی دارد. بنتام تحت تأثیر روح حاکم بر عصر روشنگری، کوشید تا کامن لا را در پرتو نور کم فروغ عقل، مورد مطالعه قرار دهد. وی کوشید تا از حقوق راز زدایی کرده و به شیوه برنده و دقیق، از آنچه پشت نقاب حقوق وجود داشت، پرده بردارد. این جمله معروف از او است که توسل به حقوق طبیعی چیزی جز «یک عقیده شخصی ملبس» یا «عقیده صرف اشخاصی که خود را به عنوان قانونگذار معرفی کرده اند»، نیست. از نظر بنتام، ابهام و عدم قطعیت کامن لا، در سراسر آن وجود دارد. حقوق نانوشته، فی نفسه مبهم و نامتعیین است. چنین حقوقی نمی تواند یک ضابطه عمومی و مورد اعتماد به دست بدهد.

ضابطه ای که به نحو معقولی بتوان از آن انتظار داشت که رفتار افراد را هدایت کند. با آشفتگی و هرج و مرج کامن لا^۷ باید به طور نظام مند برخورد کرد. بنتام، به سادگی، کدیفیکاسیون^۸ (مدون کردن) را راه حل این برخورد نظام مند به شمار می آورد. کد^۹ های (مجموعه های مدون) قانونی آشکارا قدرت قضات را کاهش می دهند. به این ترتیب، وظیفه آنها بیش از آنکه تفسیر باشد، اجرای قانون خواهد بود. همچنین، مدون کردن قوانین، بخشی بزرگی از نیاز ما به وکلا را برطرف خواهد کرد، زیرا در این صورت، مجموعه های مدون قوانین به آسانی و بدون کمک مشاوران حقوقی می توانند پاسخ هر مسأله را به دست دهند.

۵. همان، پرویز صانعی، ص ۴۰.

۶. همان، پرویز صانعی، ص ۴۱.

7. Common law.

8. Codification.

9. Code.

برخلاف نظام های حقوقی اروپای بری که مدت ها پیش براساس حقوق روم، کدهای ناپلئونی را پذیرفته اند در دنیای کامن لا، کدیفیکاسیون در حد یک رؤیا باقی مانده است. جان آستین به عنوان یکی از شاگردان جرمی بنتام، برداشت خود از حقوق را بر اندیشه دستور بنا کرده است. هرچند هر دو حقوقد مذکور بر لزوم تبعیت اشخاص از قدرت حاکم تأکید می کنند، اما با توجه به تأکید جان آستین بر مسأله کنترل رفتار، گاهی گمان رفته است که تعریف او فراتر از حقوق جزا را در بر نمی گیرد.^{۱۰} جان آستین نیز به این عقیده است که: «قانون قاعده ای است که برای رهنمایی یک فرد هوشمند از طرف موجود هوشمند دیگری که نسبت به او صاحب قدرت و اختیار است، وضع شده باشد.».

طبق این تعریف، حقوق موضوعه حقوقی است که از طرف موجود سیاسی برتر برای موجود تابع وضع می شود و آن را باید از اخلاق موضوعه یعنی مقررات و اصولی که به وسیله «عقاید عمومی» یا یک منبع غیرسیاسی برای افراد زیردست وضع می شود، تفکیک کرد. به این منظور، آستین به توضیح مفهوم «حقوق موضوعه» می پردازد و می گوید که: «هر قانون یا قاعده [...] یک امر است». مقصود آستین از لفظ «امر» این است که حقوق باید اولاً از طرف مقام ذیصلاحیت وضع شود؛ ثانیاً با ضمانت اجراء و تحمیل مجازات همراه باشد و ثالثاً در میان افراد تابع تکلیفی در اطاعت از قانون به وجود آورد.^{۱۱} جان آستین ضمانت اجراء را ضرر، درد و شری می داند که در صورت عدم تبعیت یک شخص از خواسته حاکم متوجه آن شخص می شود. جرمی بنتام و جان آستین بنیاد های اثبات گرایی حقوقی مدرن را پی ریزی کردند. اما، اندیشه های آنها تا حد زیادی به دست اثبات گرایان حقوقی معاصر پالایش یافته و توسعه پیدا کرده و حتی رد شده است.^{۱۲}

۳- حقوق به مثابه قواعد اجتماعی: هارت (۱۹۰۷-۱۹۹۲) اثبات گرایی حقوق خود را از فایده گرایی جرمی بنتام و نظریه دستور جان آستین جدا می کند. در خصوص نظریه دوم، مبنای مخالفت وی آن است که حقوق، بیش از دستور یک فرد مسلح است: دستوری که ضمانت اجراء دارد. هسته اصلی نظریه هارت، وجود قواعد بنیادی است که از سوی مقامات رسمی به عنوان قواعد الزام آور فرض شده و قانون از طریق آنها تصویب می شود. در تحلیل هارت، حقوق نظامی از قواعد است.

۴- حقوق به مثابه هنجارها: هانس کلسن حقوقدان اتریشی (۱۸۸۱-۱۹۷۳م) در کتاب پیچیده خود تحت عنوان «نظریه ناب حقوق» یک بررسی دقیق و عمیق از شیوه فهم حقوق به دست می دهد. وی تأکید دارد که برای فهم حقوق باید آن را به عنوان نظامی از «باید» یا «هنجارها» در نظر گرفت. از نظر کلسن، حقوق از اعمال حقوقی تشکیل می شود که این اعمال به نوبه خود، توسط این هنجارها به

۱۰. ریموند واکس (۱۳۸۲). فلسفه حقوق، مترجم: باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، چاپ اول، تهران، انتشارات جاویدانه، صص ۲۹ و ۳۰.

۱۱. پرویز صانعی (۱۳۸۱). حقوق و اجتماع، چاپ اول، تهران: انتشارات طرح نو، صص ۴۱-۴۳.

۱۲. ریموند واکس (۱۳۸۲). فلسفه حقوق، مترجم: باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، چاپ اول، تهران، انتشارات جاویدانه، صص ۳۳ و ۳۶.

وجود می آیند. کلسن با پیروی از ایمانوئل کانت فیلسوف قرن هجدهم، بر این باور است که واقعیت عینی را تنها با استفاده از برخی مقولات شکلی مانند زمان و مکان که در طبیعت وجود دارند می توان فهمید. ما این مقولات را به کار می گیریم تا به وسیله آنها جهان را برای خود معنا کنیم.

به همین ترتیب، برای فهم «حقوق» به مقولات شکلی مانند هنجار بنیادی نیاز داریم که همانطور که از اسمش پیدا است در بُن و ریشه هر نظام حقوقی قرار می گیرد. کلسن می گوید که نظریه حقوقی به لحاظ علم بودن، کمتر از فزیک یا کیمیا نیست. بنابراین، ما باید حقوق را از ناخالصی های اخلاقی، روانشناسی، جامعه شناسی و نظریه سیاسی رها کنیم. سپس، نوعی پاکسازی اخلاقی را بیان می کند که در پرتو آن، تحلیل ما به سمت هنجاری های حقوق موضوعه هدایت می شود: «باید هایی» که اعلام می کنند اگر رفتاری خاص «الف» صورت گیرد، مقام دولتی، ضمانت اجرایی «ب» را بر متخلف باید تطبیق کند.

بنابراین، نظریه ناب کلسن، اموری را که نمی توان به طریق عینی درک کرد، نظیر کارکرد های اخلاقی، اجتماعی و سیاسی حقوق، از تعریف حقوق خارج می کند. به نظر وی، حقوق تنها یک هدف دارد و آن ایجاد انحصار در قدرت است. از نظر کلسن هر هنجار برای این که معتبر باشد، باید مورد حمایت هنجار دیگری قرار بگیرد که خود آن هنجار هم به نوبه خود باید توسط یک هنجار حقوقی برتر موجود در نظام، مورد حمایت باشد.

بنابراین، مدلی که کلسن از نظام حقوقی ترسیم می کند عبارت است از توالی هنجارهای مرتبط که از «باید های» بسیار کلی شروع شده و به باید های بسیار جزئی ختم می شود. هر هنجاری در این نظام سلسله مراتبی، اعتبار خود را از یک هنجار بالاتر اخذ می کند. اعتبار تمامی هنجارها، نهایتاً بر هنجار اصلی و بنیادی مبتنی است. با توجه به این که اعتبار هر کدام از هنجارها به هنجار عالی و اعتبار آن هم به هنجار عالی تر وابسته است، نهایتاً به هنجاری می رسیم که به هیچ هنجاری وابسته نیست. این هنجار همان هنجار پایه است. از آنجا که بنابر تعریف، اعتبار هنجار اصلی را نمی توان به هنجار دیگر وابسته دانست، بنابراین، اعتبار آن را باید مفروض گرفت.^{۱۳} نظریه هانس کلسن منجر به ایجاد سلسله مراتب قواعد حقوقی و ایجاد مدل دادرسی اساسی اروپایی گردیده است.

۵- تعریف حقوق به عنوان مجموعه قواعد: اکثر حقوقدانان اروپایی که طرفدار نظریه تحقیقی یا موضوعه حقوق هستند، حقوق را به عنوان مجموعه قواعد و مقررات تعریف کرده اند. برخی حقوقدانان انگلیسی در تعریف حقوق می گویند: «تعریف دقیق حقوق مشکل، اما به نظر می رسد حقوق قواعد رفتاری برای مردم در مملکت معین است که فعالیت های آنها را نسبت به همدیگر در زندگی خصوصی و مسایل تجارتی و روابط آنها را با دولت تنظیم می نماید.»^{۱۴} به عقیده پلانبول استاد حقوق مدنی فرانسه

۱۳. همان، پرویز صانعی، صص ۴۲-۴۴.

جامعه مدنی بدون وجود مجموعه از مقررات الزامی قابل دوام نیست. «این قواعد نظم را در جامعه مستقر می سازد و بدون آنها هرج و مرج در جامعه ایجاد می شود. این قواعد «غیرشخصی» و «دایمی» هستند. مجموعه قواعد حقوقی «حقوق» را به وجود می آورند.».

همچنین، به نظر کاپیتان یکی دیگر از حقوقدانان مدنی فرانسه: «حقوق مجموعه احکام، مقررات یا قواعدی است که بر رفتار انسان در جامعه حاکم است و رعایت آن - در صورت لزوم- به وسیله محدودیت اجتماعی که «جبر عمومی» نیز نامیده می شود، تأمین می گردد.» برخی استادان حقوق جمهوری اسلامی ایران نیز از نظریه حقوق موضوعه پیروی کرده اند و «حقوق» را مجموعه قواعد دانسته اند. داکتر علی شایگان بر این عقیده است که: «حقوق مجموعه قوانین، نظام ها و رسومی است که حاکم بر اعمال و روابط مردم است و در صورت لزوم افراد به رعایت آن مجبور می شوند.» منصور السلطنه عدل نیز بر این نظر است که: «حقوق عبارت است از مجموعه نظام ها و اصولی که روابط افراد مردم را با یکدیگر منظم نموده و باید به وسیله قوه قهریه به منصفه اجرا گذاشته وشد.^{۱۵}

داکتر کاتوزیان در تعریف حقوق می گوید که: «حقوق مجموعه ای از قواعد الزام آور و کلی است که، به منظور ایجاد نظم و استقرار عدالت، بر زندگی اجتماعی انسان حکومت می کند و اجرای آن از طرف دولت تضمین می شود.»^{۱۶} داکتر مدنی در تعریف حقوق می گوید که: «به مجموعه مقرراتی که حاکم بر یک جامعه سیاسی است و از طرف دولت تضمین شده، حقوق می گویند.»^{۱۷} آقای علی پاشا صالح در تعریف حقوق می گوید که: «علم حقوق مجموع قواعدی قضایی و نظامات و اصولی است که ناظر بر اعمال و افعال و امور مردم است و نتیجه تحولات و تطوراتی است که در گذشت ایام روی داده است و به یک اعتبار رشته از تاریخ است.»^{۱۸}

۶- تعریف حقوق به مثابه تفسیر: در دهه ۱۹۷۰ بنیان های فلسفه حقوق با اندیشه های یک حقوقدان امریکایی به نام رونالد دورکین^{۱۹} متولد ۱۹۳۱ میلادی به لرزده در آمد. وی از سال ۱۹۶۹ به عنوان استاد فلسفه حقوق جانشین هارت در دانشگاه اکسفورد شد. نفوذ اثبات گرایی حقوقی به ویژه در انگلستان، طی سه دهه گذشته، آماج حملاتی بوده است که وی در قالب یک نظریه حقوقی پیچیده مطرح کرده است. در میان عناصر متعدد فلسفه پیچیده او، این ادعا وجود دارد که حقوق تقریباً برای همه مسایل راه حل دارد.

ادعای مذکور با این نظر سنتی و اثبات گرایانه مغایرت دارد که قاضی هنگام مواجهه با یک دعوی مشکل که نه قانونی برای اعمال بر آن پیدا می کند و نه آرای که قبلاً صادر شده باشند، صلاحدید و

۱۵. پرویز صانی (۱۳۸۱). حقوق و اجتماع، چاپ اول، تهران: انتشارات طرح نو، صص ۴۳ و ۴۴.

۱۶. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، جلد (۳)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۶۶۶.

۱۷. سید جلال الدین مدنی، (۱۳۸۶). مبانی و کلیات علم حقوق، چاپ شانزدهم، انتشارات پایدار، ص ۳۵.

۱۸. علی پاشا صالح، (۱۳۴۸). سرگذشت قانون، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ص ۱۶.

تشخیص خود را اعمال می کند و دعوی را بر مبنای آنچه درست می داند حل و فصل می کند. دورکین با چنین فرضی مخالف است و نشان می دهد که در این دعاوی، قاضی قانون را نمی سازد، بلکه آنچه را که جزئی از مواد و متون قانونی است تفسیر می کند. او از طریق تفسیر به بیان ارزش هایی می پردازد که نظام حقوقی به آنها ملتزم است. برای فهم کلیدی ترین نظریه دورکین برای این که حقوق یک نظام بدون خلاء است به دو مثال ذیل توجه کنید:

یک منتفع از وصیت، صبر نمی کند و موصی خود را می کشد. آیا او باید از ارث محروم شود یا نه؟ یک استاد بزرگ شطرنج با خندیدن مداوم به چهره رقیبش او را پریشان می کند. رقیبش به او اعتراض می کند. آیا این خندیدن نقص قواعد بازی شطرنج است؟ هر دو مورد فوق، در زمره دعوی دشوار قرار دارند، زیرا در هیچ کدام از آنها قاعده قابل تعیینی برای حل دعوی وجود ندارد. این امر اثبات گرایان حقوقی را دچار سردرگمی می کند زیرا همانطور که گذشت، اثبات گرایان عموماً معتقد اند که حقوق متشکل از قواعدی است که واقعیت های اجتماعی تعیین کرده اند. هر جا که این قواعد قابل اعمال نباشند، مانند مثال فوق، مشکل تنها با اعمال صلاحیت شخصی و احتمالاً خودسرانه حل خواهد شد: امری که برای یک وکیل در حکم کابوس است.

اما، چنانچه حقوق متضمن چیزی بیش از قواعد باشد، آنگونه که دورکین ادعا می کند، راه حل مشکل در خود حقوق یافت خواهد شد. معمای اول که ذکر شد (قتل مؤرث به دست وارث) از تصمیم محکمه نیویارک در دعوی ریگز علیه پالمر^{۲۰} در سال ۱۸۹۹ اقتباس شده بود. در این دعوی، وصیت نامه مورد بحث اجراء شده و قاتل نیز از آن منتفع شده بود. اما ارث بردن یا نبردن قاتل مذکور، مبهم بود: قواعد راجع به وصیت استثنایی در این خصوص پیش بینی نکرده بود. لذا، قاتل باید حق ارث بردن را داشته باشد. باوجوداین، محکمه نیویارک چنین رأی داد که اعمال قواعد تابع این اصل است که: «هیچ کس نباید از عمل خطای خود منتفع شود».

از این رو، قاتل نمی تواند از قربانی خود ارث ببرد. دورکین اظهار می دارد که این تصمیم، آشکار می کند که حقوق علاوه بر قواعد، متضمن اصول نیز می باشد. دورکین در باره معمای دوم می گوید که برای تصمیم گیری در این باره که آیا خندیدن، نقص قواعد شطرنج می باشد یا نه باید داور متوسل شد. چون قواعد در این خصوص ساکت هستند او باید ماهیت شطرنج را به عنوان بازی مهارت های فکری مدنظر قرار دهد و اعلام کند که آیا این بازی متضمن استفاده از تهدیدهای روانی نیز می باشد.

به عبارت دیگر: وی باید پاسخی را که بیشترین مطابقت را با بازی شطرنج دارد و آن را تبیین می کند بیابد. برای چنین پرسشی، یک پاسخ درست وجود دارد. همین وضع در مورد قضاوت که در خصوص یک دعوی دشوار تصمیم گیری می کند نیز صادق است. نظام های حقوق، قضایای مناقشه آمیز یا دشوار مانند قضایای فوق ایجاد می کنند که در تصمیم گیری راجع به آنها، قاضی با این سؤال مواجه است که آیا

در تعیین آنچه که باید باشد، باید به فراتر از امر و نص قانون برود یا نه. بنابراین، دورکین مانند هارت معتقد است که حقوق صرفاً از قواعد تشکیل نشده است، بلکه موازین و معیارهایی غیر از قواعد نیز سازنده آن هستند. محکمه هنگام تصمیم‌گیری در باره دعوی دشوار، این موازین و معیارهای (اخلاقی یا سیاسی)، اصول و سیاست‌ها را مطرح می‌کند تا به تصمیم برسد.^{۲۱}

از آنچه در مورد تعریف حقوق گفته شد، به خوبی نتیجه گرفته می‌شود که: طرفداران حقوق طبیعی که آرمان‌گرا^{۲۲} بوده‌اند، تعریف آرمان‌گرایانه و قطع نظر از واقعیت اجتماعی حقوق، به حقوق ارایه کرده‌اند. برعکس، طرفداران مکتب حقوق تحققی که واقع‌گرا^{۲۳} بوده‌اند حقوق را واقع‌گرایانه با توجه به واقعیت اجتماعی آن تعریف کرده‌اند. در نتیجه، طرفداران حقوق طبیعی حقوق را آنگونه که باید باشد تعریف کرده‌اند، نه آنگونه که است. برعکس، طرفداران مکتب حقوق تحققی حقوق را آنگونه که است تعریف کرده‌اند، نه آنگونه که باشد.

نکته دیگری که در تعاریف طرفداران حقوق طبیعی و تحققی جالب است این است که این دانشمندان حقوق را مجموعه قواعدی می‌دانند که حاکم بر زندگی انسان است که شخص طبیعی و فرد نیز در برخی تعاریف نامیده شده است. بنابراین، طرفداران حقوق طبیعی و تحققی توجه به «شخص حکمی» نکرده‌اند و تعاریف طرفداران هر دو مکتب امروزه ناقص به نظر می‌رسد، زیرا امروزه اشخاص حکمی چه در ساحت حقوق خصوصی، چه در ساحت حقوق عامه و چه در ساحت حقوق بین‌الملل یکی از تابعین حقوق‌اند.

اهمیت شخص حکمی اعم از عامه، خصوصی و بین‌الملل امروزه در علم حقوق به اندازه‌ای است که معاهدات بیان‌المللی، قوانین اساسی، قوانین عادی، مقررات، لوائح و طرز‌العامل‌ها که قواعد حقوقی و قواعد حقوقی «حقوق» را تشکیل می‌دهد، علاوه بر اشخاص طبیعی، به منظور تنظیم امور «اشخاص حکمی» وضع شده‌اند. به حیث مثال، در حقوق بین‌الملل دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی، شرکت‌های چندین‌ملیتی و نهضت‌های آزادی‌بخش ملی که شخصیت‌های حکمی بین‌المللی‌اند یکی از مباحث مهم حقوق بین‌الملل‌اند.

در حقوق عامه، دولت‌ها و سایر شخصیت‌های حکمی یکی از مباحث عمده حقوق عامه‌اند. در حقوق خصوصی، شخصیت‌های حکمی خصوصی مانند: شرکت‌ها، جمعیت‌ها که شامل احزاب سیاسی، مؤسسات تحصیلات عالی، انجمن‌ها، شوراها، بنیادها، اوقاف و ... می‌شود یکی از مباحث مهم در حقوق خصوصی‌اند. امروزه باید تعریفی از حقوق ارایه کرد که نه تنها متوجه رفتار شخص حقیقی، بلکه متوجه رفتار شخص حکمی در حوزه‌های مختلف حقوق نیز باشد. بنابراین، امروزه حقوق

۲۱. ریموند واکس (۱۳۸۲). فلسفه حقوق، مترجم: باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، چاپ اول، تهران، انتشارات جاویدانه، صص ۵۳-

۵۶.

22. Idealist.

23. Realist.

را می توان چنین تعریف کرد: «حقوق مجموعه قواعد حقوقی، اصول کلی، عرف، رویه های قضایی و تفسیر های است که روابط اشخاص حقیقی و ایجاد، فعالیت و انحلال اشخاص حکمی را تنظیم می نماید و اجرای آن از طرف دولت ها تضمین می شود.» این تعریف عام است که طبق آن:

اولاً: مصدر حقوق صرف قواعد حقوقی که مستنبط از قانون به مفهوم عام است نیست، بلکه علاوه بر قواعد حقوقی، عرف، اصول کلی حقوق، رویه های قضایی و تفسیر های که توسط نهادهای صیانت از قانون اساسی صادر می شود نیز مصدر حقوق است؛

ثانیاً: طبق این تعریف حقوق نه تنها روابط اشخاص حقیقی (انسان ها) بلکه روابط اشخاص حقوقی مانند: مؤسسات، شرکت ها، دولت ها و امثال اینها را تنظیم می نماید.

ثالثاً: طبق این تعریف، اجرای قواعد حقوقی توسط دولت تضمین می شود، به عنوان مثال، قواعد مربوط به تدویر انتخابات، دوره اعضای شورای عالی ستره محکمه، دادن رأی اعتماد ولسی جرگه به وزراء و ... که توسط دولت تضمین و تطبیق می شود.

رابعاً: پدیده های مادی دنیوی تقسیم می شود به انسان ها، نباتات، حیوانات و جمادات. در علم حقوق به انسان شخص حقیقی می گویند. حقوق زندگی اشخاص حقیقی را از زمان انعقاد نطفه الی فوت تنظیم می نماید. بنابراین، حقوق برای تنظیم حیات نباتات و حیوانات وضع نمی شود.

همچنین، حقوق با جمادات سر و کاری ندارد، زیرا حیوانات، نباتات و جمادات موجودات دارای حق و تکلیف نیستند. البته، در برخی موارد استثنایی موضوع قواعد حقوقی حیوانات و جمادات نیز قرار می گیرند، مانند: قواعدی که برای حفظ نسل حیوان وضع می شوند و قوانینی که احکام مربوط به استفاده از منابع طبیعی مانند: طلا، نقره، مس، آهن و ... را تنظیم می نماید. علاوه بر اشخاص حقیقی، حقوق ایجاد، فعالیت و انحلال اشخاص حکمی اعم از بین المللی، عامه و خصوصی را نیز تنظیم می نماید.

تعریف دیگری که به نظر می رسد می توان برای حقوق ارایه کرد این است که حقوق علم هنجاری، تخنیکی و اعتباری است که حیات اشخاص حقیقی و حکمی را تنظیم می نماید. طبق این تعریف حقوق مانند سایر رشته های علوم انسانی مانند فلسفه، سیاست و نظیر اینها علم است. همچنین، طبق این تعریف حقوق علم هنجاری (Normative) است زیرا حقوق متشکل از هنجارهای است که باید ها و نباید ها و اجازه ها را تنظیم می نماید. این هنجارها برآمده از قانون، فقه، عرف، اصول کلی، رویه های قضایی و دکترین است.

همچنین، طبق این تعریف حقوق هنجارهای اعتباری است زیرا توسط شارع و دولت وضع می شود و به برخی پدیدهها اعتبار می دهد و اعتبار برخی پدیده ها را سلب نمی نماید. به حیث مثال، سبب عقد، محل عقد، ارکان عقد همه اعتباری اند زیرا عقد حقیقتاً رکن و محل ندارد اما قانونگذار به آن اعتبار بخشیده است. همچنین، برخی اعمال در گذشته در ممالک اروپایی جرم بود مانند لواط و مساحقه، اما امروزه جرم بودن این اعمال در برخی ممالک غربی دیگر اعتبار ندارد برعکس ممالک اسلامی.

همچنین، حقوق علم تخنیکي است. به حیث مثال، اگر یک فرد عادی دعوی جزایی، مدنی، تجارتی و نظیر اینها داشته باشد، بسیار برای این فرد مشکل است تا بتواند صورت قانون حاکم را پیدا و تفسیر نماید، دعوی را ترتیب بدهد، محکمۀ ذیصلاح و مراحل محاکماتی، زبان قانون و نظیر اینها را بداند. از همین رو، معمولاً افراد برای پیشبرد دعوی خویش وکیل استخدام می نمایند.

مبحث دوم) انواع

تاریخ حقوق حاکی از آن است که در درازای تاریخ دانشمندان و فلاسفه حقوق معتقد به سه نوع حقوق بوده اند: حقوق طبیعی، حقوق الهی و حقوق موضوعه که هر یک ذیلاً به صورت مختصر مورد بحث قرار می گیرد:

گفتار اول) حقوق طبیعی

مرسوم است که اصطلاح «حقوق فطری» را در برابر «حقوق وضع شده» به کار می برند. حقوق موضوعه مجموع قواعدی است که توسط قوه قانونگذاری وضع و در زمان معین بر ملتی حکومت می کند و اجرای آن از طرف دولت تضمین می شود. ولی، حقوق فطری به قواعدی گویند که برتر از اراده حکومت و غایت مطلوب انسان است، و قانونگذار باید کوشش کند تا آنها را بیابد و راهنمای خود قرار دهد. برخی نویسندگان در تعریف حقوق طبیعی می گویند: «معیار مطلق عدل بنا بر سنن موجود «حقوق طبیعت» نامیده می شود؛ یعنی: حقوقی که بر ساختمان اشیاء استوار است نه به صرف تمایل و تغنن قانونگذار.»^{۲۴}

قدیمی ترین مکتب^{۲۵} حقوقی که حداقل دارای بیش از دو هزار سال سابقه تأریخی است و هنوز نیز به عنوان یک نظریه معروف جهانی مطرح است و از جاذبه مهمی برخوردار می باشد مکتب حقوق طبیعی و یا فطری^{۲۶} است. طرفداران این مکتب برخلاف مکتب اثبات گرایی معتقد به پدیده های میتافزیک و طبیعی اند. پرسش این است که طبیعی در چه مفهومی استعمال می شود؟

در پاسخ به این پرسش باید گفت که: طبیعی در چندین معنی استعمال می شود. برخی طبیعی را به معنی خدایی استعمال می نمایند، زیرا این گروه بر این نظر اند که طبیعت اراده ندارد. از نظر لغوی طبیعی اسم منسوب به طبیعت است که به معنی ذاتی و فطری است و در مقابل مصنوعی استعمال می شود.^{۲۷} در فلسفه حقوق، طبیعی در این مفهوم استعمال نمی شود. رواقیون یونانی که علاقه خاصی به

۲۴. دل وکیو (۱۳۸۰). فلسفه حقوق، مترجم: جواد واحدی، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۱۲.

۲۵. مکتب اسم مکان از ریشه کتب گرفته شده است که به معنی جای و محل کتابت است. به نظر می رسد در فلسفه و فلسفه حقوق مکتب در مفهوم لغوی آن استعمال نمی شود بلکه مفهوم ویژه دارد. مکتب حقوقی در واقع نقشی را که مذهب در شریعت ایفاء می نماید در فلسفه حقوق ایفاء می نماید. لذا، مکتب حقوقی به مجموعه نظریاتی اطلاق می گردد که عده ای از فلاسفه حقوق در مورد آن توافق نظر دارند. بنابراین، مکتب چیزی بالاتر از نظریه است. هرگاه فرضیه مورد تأیید علما قرار بگیرد به نظریه تبدیل می شود.

26. Natural law.

۲۷. حسن عمید (۱۳۸۳)، فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۸۴۳.

قانون طبیعی داشتند از نظر آن‌ها طبیعی عبارت بود از مطابق با عقل بودن. از همین رو، آنها اعتقاد داشتند که قوانین ناسازگار با عقل بی اعتبار است.^{۲۸}

در هر حال، این مکتب به صورت مستقیم و یا غیرمستقیم بسیاری از مکاتب دیگر حقوقی را تحت تأثیر قرار داده است. طرفداران حقوق طبیعی به حقوق برتر و مقدم بر دولت باور دارند و می‌گویند دولت در اعمال حاکمیت محدود به قواعد ناشی از حقوق طبیعی است.^{۲۹} حقوق فطری حتی در میان سوفسطائیان یونان مطرح بوده و فلاسفه‌ای مانند سقراط و افلاطون و ارسطو نیز طرفدار آن بوده‌اند و در موارد متعددی به اصول حقوق طبیعی استدلال نموده‌اند و پس از یونانیان این نظریه در میان رومیان طرفداران زیادی داشته و دانشمندانی مانند سیسرون و غیره در باره حقوق طبیعی و حتی بداهت اصول و مبانی آن به تفصیل بحث نموده‌اند. هم‌اکنون نیز نظریه حقوق طبیعی مورد تأیید بسیاری از دانشمندان حقوق و سیاست غرب و شرق می‌باشد.

بعضی از نویسندگان را عقیده بر این است که اولین دانشمندی که سخن از حقوق طبیعی به میان آورده فیثاغورس، حکیم معروف یونانی، بوده است. او معتقد بود که جهان دارای نظمی خلل ناپذیر و مبتنی بر قواعد ریاضی است که با روابط کمی و عددی قابل بیان است. وی نتیجه می‌گرفت که باید برای تطبیق دادن خود با این نظم تلاش کرد.

آنچه مسلم است این است که نظریه حقوق طبیعی پیش از سقراط در میان سوفسطائیان یونان به صورت جدی مطرح بوده است و آنان معتقد بوده‌اند که حقوق طبیعی حقوق واقعی است و حقوق موضوعه حقوق تصنعی است و لذا باید تسلیم مقرراتی بود که به صورت تکوینی بر عالم طبیعت حکم فرمادت. افلاطون که خود از پیروان مکتب حقوق طبیعی و از بزرگترین فلاسفه یونان است در آثار خودش همیشه بر این اساس نظر می‌دهد و از جمله طرح مدینه فاضله خود را نیز قبل از هر چیز بر اساس نظریه حقوق طبیعی مطرح ساخته است و در تمامی کتاب معروف «جمهوری» همین معنی را مطرح می‌نماید.

خلاصه نظریه افلاطون در کتاب جمهوری این است که اگر می‌خواهیم مدینه فاضله تشکیل دهیم و عالی‌ترین نظم را بر جامعه انسانی حکمفرما کنیم تا فرد و جامعه به سعادت نایل آیند باید فرد انسان را به عنوان الگوی طبیعی مورد مطالعه قرار دهیم و اصولی را که منجر به سعادت فرد می‌شود، الگوی تقسیم کار اجتماعی در جامعه قرار دهیم چه این که سعادت جامعه از همان طریقی حاصل می‌شود که سعادت فرد حاصل می‌شود. او می‌گفت: ما موقعی که انسان را مورد مطالعه قرار دهیم خواهیم یافت که طبیعت سه قوه عاقله و شهویه و غضبیه را در وجود او به ودیعت نهاده است.

۲۸. ریموند واکس (۱۳۸۲). فلسفه حقوق، مترجم: باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، چاپ اول، تهران، انتشارات جاویدانه، ص ۱۰.

۲۹. بیژن عباسی (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: جنگل، ص ۱۵۷.

آنگاه افلاطون از این بررسی نتیجه می‌گیرد که در جامعه نیز سه نهاد باید وجود داشته باشد: دولت، تجار و اردو. هیأت دولت در جامعه نقش قوه عاقله در فرد را ایفاء می‌کند و اصناف و تجار کار امیال و انگیزه‌ها را انجام می‌دهند و ارتش در صدد است نقش قوه غضبیه و یا دافعه را ایفاء کند. بنابراین، دولت وظیفه‌ای جز درک مصالح و مفساد جامعه و راه تأمین آن و صدور فرمان برای تأمین این مصالح و دفع این مفساد ندارد و اصناف و تجار و ارتش وظیفه دارند که از فرمان هیأت حاکمه اطاعت کنند.

آنگاه نتیجه می‌گیرد که دولت یا شخص حاکم که می‌خواهد کار عقل را در جامعه عهده دار شود باید از قوی‌ترین قوه عاقله برخوردار باشد و لذا برای تشکیل دولت فلاسفه را بهترین می‌داند؛ چه این که فلسفه کاوشی است عقلانی برای درک جهان در حدود قدرت انسان و قهراً فلاسفه که دائماً به مطالعه عقلانی جهان مشغول‌اند از نظر عقل از دیگران قوی‌تر و بالنتیجه برای حاکمیت و رهبری از همه دیگران مناسب‌ترند و شعار معروف افلاطون که می‌گفت «جامعه سعادت‌مند جامعه‌ای است که حاکمانش فیلسوف و فلاسفه‌اش حاکم بوده باشند» از همین نظریه ناشی می‌شده است. ولی از آن‌جا که افلاطون انسانها را از نظر نژادی با یکدیگر مساوی نمی‌دانست و معتقد بود که افراد از نظر اصالت نژادی به گروه‌های پست و پیشرفته تقسیم می‌شوند افرادی را برای قبول مسئولیت رهبری پیشنهاد می‌کرد که ضمن فیلسوف بودن از اصالت نژادی برتری برخوردار باشند. به هر حال، ترسیم مدینه فاضله افلاطون بر اساس اصول حقوق طبیعی و الهام از طبیعت است.

یکی دیگر از طرفداران حقوق طبیعی ارسطو فیلسوف معروف یونانی است که در موارد زیادی از اصول حقوق طبیعی به عنوان معیار حقوق و امتیازات اجتماعی یاد نموده است. وی در کتاب سیاست می‌نویسد: بعضی بر این عقیده‌اند که برده‌داری برخلاف طبیعت است زیرا بر پایه زور استوار است، اما اگر در طبیعت مطالعه کنیم می‌بینیم در طبیعت افراد زیادی وجود دارند که برای بردگی آفریده شده‌اند و نیز می‌گویند: طبیعت همیشه خواسته که بدن‌های بردگان و آزادگان را از یکدیگر متفاوت سازد. بدن‌های بردگان را برای انجام وظایف پست زندگی نیرومند ساخته اما بدن‌های آزادگان را اگرچه برای این گونه پیشه‌ها ناتوان کرده در عوض شایسته زندگی اجتماعی آفریده است.

پس ثابت شد که به حکم طبیعت برخی از آدمیان آزاد و گروهی دیگر بنده‌اند و بندگی برای ایشان هم سودمند است و هم روا... از اینجاست که حتی فن‌جنگ به نحوی فن به دست آوردن مال به شیوه طبیعی است. آنچنان فنی که باید نه فقط بر ضد جانوران درنده بلکه بر ضد مردمی که به حکم طبیعت برای فرمانبرداری زاده شده‌اند ولی از تسلیم به این حکم سر باز می‌زنند به کار رود. این گونه جنگ طبعاً رواست.

نظریه حقوق طبیعی از یونانیان به رومیان منتقل شد. پیروان مکتب رواقی نیز عقیده داشتند که انسان، به حکم طبیعت، از قانون سرمدی و جهانی پیروی می‌کند و سعادت او نیز در سازگاری با طبیعت است.

او شهروند همه جهان است و به این میهن بزرگ تعلق دارد؛ و در نتیجه همین فکر می گفتند: «همه دولت‌ها باید جای خود را به يك دولت جهانی واگذار کنند.»

سیسرون حقوقدان رومی به حقوق طبیعی و ثابت اطمینان داشت. او می گفت: قانون ثابتی، که ناشی از عقل و فطرت آدمی است، همیشه و همه جا وجود دارد و کسی که از این قانون اطاعت نکند از خویش می گریزد و طبیعت انسان را از نظر دور می دارد. به گفته او، نه تنها طبیعت قوانین واقعی را وضع و تحمیل می کند، طبیعت هر انسان به گونه ای است که قابلیت درک قانون طبیعی و سازگاری با آن را دارد و بدین ترتیب از افلاطون که این درک را ویژه حکیمان می دانست فاصله می گیرد. قوانین وضع شده را نیز تا جایی باید احترام کرد که با قانون طبیعی موافق باشد، وگرنه حکم زور است.

سیسرون به هنگام طرح فلسفه رواقی سه عنصر اصلی برای هر نوع فلسفه پردازی در باره قانون طبیعی معرفی کرده است: «قانون حقیقی همان عقل سلیم است که در هماهنگی با طبیعت قرار دارد. این قانون، جهانشمول، غیرقابل تغییر و ابدی است [...] تلاش برای تغییر این قانون گناه است، لغو هیچ بخشی از آن مجاز نیست و نسخ کلی آن غیر ممکن است [...] خداوند ﷻ خالق این قانون و اشاعه دهنده آن و ضامن آن است.»

این نظریه، جهانشمولی، تغییر ناپذیری، قانون برتر و قابل کشف بودن به کمک عقل را مهمترین اوصاف قانون طبیعی می داند.^{۳۰} رومیان حقوق را به سه گروه تقسیم می کردند: ۱) حقوق مدنی که موضوعه و ویژه شهروندان جامعه معین است؛ ۲) حقوق بشر که حقوق پذیرفته شده برای تمام جامعه های انسانی در زمان معین است و در باره خارجیان نیز باید رعایت شود؛ و ۳) حقوق طبیعی که آرمانی و تغییر ناپذیر و جاودانه است.

حقوق طبیعی از روم و یونان وارد مسیحیت شد. معروفترین و قدیمی ترین طرفدار حقوق طبیعی از مسیحیان ظاهراً سنت آگوستین است. او که در سال ۳۵۴ میلادی در شهر «تاگاست» واقع در آفریقای شمالی متولد شد در دوران قدرت امپراطوری روم می زیسته است و معاصر با کنستانتین - اولین قیصر مسیحی روم - بوده است. برای خنثی کردن تبلیغات ضد مسیحیت «سنت آگوستین» فلسفه رواقیون را وارد حقوق ناشی از کتاب مقدس کرد؛ به طوری که کلیسا بتواند علاوه بر استفاده از کتب دینی از فلسفه رواقیون نیز بهره مند گردد. نوآوری آگوستین به منزله انقلابی است که به عقل بشر اجازه می دهد به عنوان سایه ای از عقل الهی احکام الهی را تفسیر کند.

در زمینه قانون طبیعی «سنت آگوستین» معتقد است که خداوند ﷻ به انسان عقل و دل و روحی اعطا کرده که می تواند به کمک آنها قانون طبیعی را کشف کند. به علاوه، وی اختلاف قوانین موجود در شرایط مختلف زمانی و مکانی را نیز از طریق تنوع شیوه های دخالت عقل بشری در استنتاج قانون الهی و قانون طبیعی توجیه می کند. اما، اولین جلوه های بارز قانون طبیعی، در نوشته های سنت توماس اکویناس

(۱۲۲۵-۱۲۷۴) به چشم می خورد. اثر اصلی وی موسوم به رساله الهیات حاوی جامع ترین تصویر از آموزه های مسیحیت در باره این موضوع است. او بین چهار نوع قانون تمایز قایل می شود: قانون ازلی^{۳۱} (حکمت الهی که تنها برای خداوند ﷻ معلوم است)، قانون طبیعی (قانون ازلی در میان مخلوقات واجد عقل که با عقل قابل کشف است)، قانون الهی^{۳۲} (که در کتاب مقدس آمده است) و قانون انسانی^{۳۳} (که مورد تأیید عقل است و برای خیر عمومی وضع شده است).

یکی از جنبه های نظریه اکویناس توجه زیادی به خود جلب کرده و مناقشه زیادی در آن شده است. وی می گوید: «قانونی که با قانون طبیعی یا الهی مطابق نباشد اصلاً قانون نیست». این نظریه غالباً به این صورت ابراز شده است که: «قانون غیر عادلانه قانون نیست». اما، متفکران معاصر بر این باور اند که خود اکویناس هرگز چنین عبارتی را نگفته است، بلکه آن را صرفاً از آگوستین نقل قول کرده است. افلاطون، ارسطو و سیرون نیز اظهار نظر های مشابهی داشته اند، اما این فرضیه وجود دارد که نظر مذکور به احتمال زیاد به اکویناس تعلق داشته و منظور وی این بوده است که قوانینی که با مقتضای قانون طبیعی در تعارض قرار گیرند اخلاقاً الزام آور نخواهد بود.^{۳۴}

در سده های ۱۷ و ۱۸ میلادی، رفته رفته حقوق فطری ریشه مذهبی و الهی خود را در اروپا از دست داد. پیشرو این نهضت را باید گروسیوس^{۳۵} (۱۶۴۵ - ۱۵۸۳م) حقوقدان و سیاستمدار هلندی دانست. اثر معروف گروسیوس، رساله «حقوق جنگ و صلح» است که در سال ۱۶۴۵م انتشار یافت. با این که هدف نویسنده کتاب بیانی مبانی حقوق بین الملل عمومی بود و به همین جهت او را مؤسس این رشته از حقوق می دانند، از نظر فلسفه حقوق نیز افکار او اهمیت خاص دارد. گروسیوس سخن خود را از اصل ارسطویی نیاز طبیعی انسان به وجود اجتماع آغاز می کند و حقوق را قاعده ای می داند که عقل سلیم با فطرت اجتماعی او سازگار می بیند.

به بیان دیگر: او اعتقاد داشت که «حقوق طبیعی» قواعدی است که عقل آنها را موافق طبیعت اجتماعی انسان می داند. این قواعد، حتی اگر خدایی هم نبود، یا در کار انسان دخالت نمی کرد، باز وجود داشت. انسان موجودی است عاقل و اجتماعی، و همین دو صفت او را از سایر موجودات مشخص و ممتاز می سازد. پس، آنچه در پرتو عقل برای تنظیم روابط اجتماعی او به دست می آید، با طبیعت انسان موافق است، مانند: لزوم وفای به عهد و جبران ضرر ناشی از تقصیر. او به ویژه بر لزوم احترام به قرارداد، به عنوان یکی از ضرورت های زندگی اجتماعی، تکیه می کند و در روابط بین دولتها نیز

31. Eternal law.

32. Divine law.

33. Man - made law.

۳۴. ریموند واکس (۱۳۸۲). فلسفه حقوق، مترجم: باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، چاپ اول، تهران، انتشارات جاویدانه، صص ۱۰ و

35. Grotius.

پیمان‌های بین‌المللی را اساس حقوق طبیعی حاکم بر آنها می‌شمارد. پس از گروسیوس، پوفندرپ آلمانی و دکارت فرانسوی نیز حقوق طبیعی را محصول عقل بشر و ناشی از طبیعت امور دانستند.

حاصل اندیشه خردگرایان در جمع میان قدرت سیاسی و طبیعت انسان را در این جمله می‌توان خلاصه کرد که: «قدرت، واضح و آفریننده حقوق نیست؛ عقل است که گام‌های انسانیت را منظم می‌کند». از سوی دیگر، جان لاک، فیلسوف مشهور انگلیسی، اعلام کرد که قوانین طبیعی احترام به مالکیت و حیات و آزادی دیگران را به همه فرمان می‌دهد و دولت وظیفه دارد این حقوق را محترم بشمارد و مفاد «قرارداد اجتماعی» را رعایت کند. عقاید او، که به وسیله ژان ژاک روسو و دیگران تکمیل شد، مکتب حقوق فردی را به وجود آورد، و به نوبه خود سبب تقویت و تکمیل نظریه حقوق فطری گشت.

نفوذ این عقیده پیش از سده بیستم به اندازه‌ای بود که، در مقدمه اعلامیه حقوق بشر، نمایندگان مجلس ملی فرانسه تمام بدبختی‌ها و گرفتاریهای اجتماعی را ناشی از تجاوز به حقوق طبیعی بشر دانستند. در متن اعلامیه بارها سخن از «حقوق انتقال‌ناپذیر و غیر قابل مرور زمان» انسان گفته شده است. همچنین، در ماده اول طرح قانون مدنی فرانسه در سال هشتم انقلاب گفته شده است: «حقوق عام و تغییرناپذیری وجود دارد که منبع تمام حقوق موضوعه است» و ماده ۷ قانون ۱۸۱۱ اتریش در همین زمینه می‌گوید: «در مورد سکوت قانون باید به حقوق طبیعی مراجعه کرد».^{۳۶}

ماده ۱ قانون مدنی مصر در این باره حکم می‌نماید که: «۱- احکام قانون از حیث لفظ و مضمون بر کلیه موضوعات مشمول حاکمند؛ ۲- در صورت نبود قانون قابل اجراء، قاضی به اقتضای عرف و در صورت نبود عرف به اقتضای اصول شریعت اسلامی و در صورت نبودن چنین اصولی، به اقتضای حقوق طبیعی و قواعد عدالت حکم صادر خواهد کرد».^{۳۷} حقوق طبیعی مصوون از انتقاد نمانده است. مهمترین نقضی که در این مکتب حقوقی وجود دارد و بسیاری از حقوقدانان نیز به آن اشاره نموده‌اند این است که قواعد حقوق طبیعی به صورت کامل و مشخص، به گونه‌ای که بتواند در همه قواعد اجتماعی راهگشا باشد، به وسیله هیچ یک از طرفداران این مکتب تبیین و دسته‌بندی نگردیده است، و تنها بر این تأکید می‌شده که حقوقدانان و قانونگذاران موظف‌اند با مطالعه طبیعت اشیاء قوانین موضوعه را وضع و اجرا نمایند.

به نظر می‌رسد که علت تأکید و پافشاری بعضی از نظام‌های حقوقی غرب مانند انگلوساکسون بر «رویه قضایی و دکتترین» نیز همین بوده است که برای جبران نامشخص بودن مقتضای طبیعت بدین

۳۶. جهت مطالعه مفصل در مورد حقوق طبیعی ر. ک: دل وکیو (۱۳۸۰). فلسفه حقوق، مترجم: جواد واحدی، چاپ اول، تهران: نشر میزان، صص ۱۲-۱۳؛ هانری لوی بروئل (۱۳۷۶). جامعه‌شناسی حقوق، مترجم: ابوالفضل قاضی، چاپ سوم، تهران: نشر دادگستر، صص ۲۸ و ۲۹؛ ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، جلد (۱)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۱۳۸-۴۴.

۳۷. محمد علی نوری (۱۳۸۸). ترجمه قانون مدنی مصر، چاپ اول، تهران: گنج دانش، ص ۱۵.

وسيله در فهم این قواعد از افکار دانشمندان استفاده شود. پیداست که مدون نبون حقوق یک جامعه، فرصت زیادی در اختیار سوء استفاده کنندگان از حقوق و قانون گذاشته به آنها اجازه می دهد که قوانین را به دلخواه خود تفسیر کنند و به ادعای این که مقتضای طبیعت نیز همین است توده ها را به نفع خود استثمار نمایند. چنانکه سوفسطائیان و همچنین فاشیست ها در قرون اخیر چنین سوء استفاده هایی داشته اند. «هارت» حقوقدان معروف، می گوید: «اگر این فلاسفه راه پوزیتیویسم را پیش گرفته اند برای این است که با هرج و مرج حقوقی و دلخواه مسؤولین امر یا افراد دیگر مبارزه کنند. پوزیتیویسم مانع از این می شود که افراد به میل خود رفتار کنند و با خود سری های بی رویه، جامعه را به هر راه که مایل باشند بکشانند.».

اشکال مهمتر در مکتب حقوق طبیعی مبتنی بودن آن بر واقعیات خارجی است در حالی که حقوق بیشتر از آن که از شرایط خارجی متأثر باشد از ارزش های انسانی پیروی می کند. همچنین، معیارها و اصولی که طرفداران این مکتب، مانند: آزادی، برابری، مالکیت و حق حیات ذکر نموده اند، ارزش هایی است که به هیچ وجه نمی تواند از واقعیات خارجی استنتاج گردد. گذشته از این که ارزش هایی مانند عدالت کلیاتی هستند که در مقام عمل نمی توانند راهگشا باشند، زیرا لزوم احقاق حق و اجرای عدالت به ما نمی گوید که حق چیست و بر اساس چه عواملی به وجود می آید. از این جاست که همان گونه که سقراط دیدگاه خود را بر اساس قوانین طبیعت توجیه می کرد سوفسطائیان نیز چنین می کردند.

از نظر ارسطو که بردگی اکثریت مردم جهان را بر اساس حقوق طبیعی ضروری می دانست و در این زمینه جنگ و کشتار را توجیه می نمود و در عصر حاضر گرایش های فاشیستی، نیز از این نوع استدلال ها بهره می گیرند. لذا همان گونه که افراد پاک و انساندوست عمل خود را مطابق با قوانین طبیعی می دانسته اند، جنایتکارانی مانند هیتلر نیز خود را طرفدار واقع دانسته آن همه کشتار و جنایت را حق طبیعی خود می دانست.^{۳۸} گذشته از اینها، حقوق طبیعی، موهوم و ذهنی (انتزاعی) است و مصادیق آن روشن نیست. همچنین، همیشه وقایعی تأریخی مؤید حقوق طبیعی نبوده است و نتیجتاً حقوق طبیعی تصویری بیش نیست.^{۳۹} ایرادی دیگری که بر حقوق طبیعی وارد می شود این است که حقوق طبیعی مانند حقوق موضوعه مدون و الزامی نیست.^{۴۰}

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که به نظر می رسد نخست این که حقوق طبیعی امروزه به تأریخ مبدل شده است. دوم این که حقوق طبیعی ذهنی است که برآمده از ذهن طرفداران آن است نه از اراده دولت و اراده خداوند ﷻ. سوم این که مصادیقی را که طرفداران حقوق طبیعی ارایه می نمایند بسیار محدود است و نمی تواند همه مشکلات پیچیده حقوقی امروز را حل نماید. چهارم این که هیچ

۳۸. ____ (۱۳۸۱). درآمدی بر حقوق اسلامی، چاپ سوم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت)، صص ۱۰۶-۱۰۹.

۳۹. دل وکیو (۱۳۸۰). فلسفه حقوق، مترجم: جواد واحدی، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۱۳.

۴۰. همان، دل وکیو، ص ۱۳.

قانون دست کم در افغانستان دولت و به طور خاص قضات را مکلف به تطبیق حقوق طبیعی نمی نماید و بنابراین به نظر می رسد که نمی توان در محکمه و در ادارات دولتی به حقوق طبیعی استناد کرد.

گفتار دوم) حقوق الهی

حقوق الهی حقوقی است که از طرف خداوند عز و جل وضع گردیده است. مصادیق این حقوق در درازای تاریخ متفاوت بوده است. مانند حقوق یهود، حقوق مسیحیت و حقوق اسلام که در مورد آن در فصل دوم، بخش دوم این کتاب بحث خواهیم نمود.

گفتار سوم) حقوق موضوعه

حقوق موضوعه^{۴۱} برخلاف حقوق طبیعی استعمال می شود. این حقوق ناشی از نظر طرفداران مکتب اثبات گرایی است. اثبات گرایی ترجمه «Positivism» است که مشتق از واژه لاتین «Positum» می باشد. هسته اصلی اثبات گرایی را این دیدگاه تشکیل می دهد که اعتبار هر قانون را می توان بر اساس منبعی که به لحاظ عینی قابل اثبات است ارزیابی کرد. به بیان دیگر: اثبات گرایی حقوقی همانند اثبات گرایی علمی، این اندیشه طرفداران حقوق طبیعی را که حقوق مستقل از تدوین و تصویب بشری وجود دارد، رد می کند.

مهم ترین وجه مشترک اثبات گرایان حقوقی این است که در مطالعات و تحلیل های خود، باید حقوقی را که وضع شده از حقوقی که اخلاقاً باشد، جدا در نظر گرفت. به بیان دیگر: باید بین «امری که باید باشد» (چیزی که اخلاقاً پسندیده است) و «امری که هست» (چیزی که واقعاً وجود دارد) یک تمایز روشن قایل شد.^{۴۲}

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که دانشمندان پوزیتویست همانطور که از نام این مکتب پیداست معتقد به تجربه و تحلیل اند و این امر بیشتر در علوم تجربی مانند فزیک، کیمیا، طب و ... امکان پذیر است. بنابراین، دانشمندان اثباتگر معتقد به پدیده های میتافزیک نیستند. به نظر ریمونک کاره دو مالبرگ حقوقدان فرانسوی که طرفدار حقوق موضوعه است دولت حقوق را ابداع می کند و بیش از دولت حقوقی وجود ندارد.^{۴۳}

در این مکاتب مبانی حقوق واقعیت های خارج از عقل محض است. این مکاتب، برای تعیین منشأ، محتوی و هدف حقوق، حقوق طبیعی را مناسب ندانسته، آن را رد می کنند و به طور کلی حقوق را تابع واقعیت های محسوس مانند قانون، عرف، تفسیر قضایی و نظیر اینها می دانند که به برخی مثال های آن در فوق اشاره صورت گرفت.

۴۱. موضوعه اسم مؤنث مفعول از ریشه وضع گرفته شده است که در لغت به معنی ساخته شده و وضع شده است. با فاعل این فعل، واضع می گویند.

۴۲. ریموند واکس (۱۳۸۲). فلسفه حقوق، مترجم: باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، چاپ اول، تهران، انتشارات جاویدانه، صص ۲۸ و ۲۹.

۴۳. بیژن عباسی (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: جنگل، ص ۱۵۶.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که در طول تاریخ سه نوع حقوق وجود داشته است: حقوق طبیعی، حقوق الهی و حقوق وضعی. به نظر می رسد تفاوت هایی که میان این سه نوع حقوق وجود داشته است قرار ذیل اند:

(۱) از نظر تاریخی: هرچند گفته می شود که قدیمی ترین حقوق، حقوق طبیعی است، اما به نظر می رسد قدیمی ترین حقوق حقوق الهی است. به نظر می رسد اول حقوق الهی، سپس حقوق وضعی در مفهوم بسیار ابتدایی و سپس حقوق طبیعی به وجود آمده است. زیرا، خداوند عز و جل برای حضرت آدم عز و جل، حضرت شیث عز و جل و حضرت ابراهیم عز و جل صحایف و به حضرت داود عز و جل زبور، حضرت موسی عز و جل انجیل، حضرت عیسی عز و جل تورات و حضرت محمد صلی الله علیه و آله قرآن را نازل نموده است. این صحایف و کتب به ویژه تورات، انجیل و قرآن منابع مهم حقوق الهی بوده اند. حقوق یهودیت و مسیحیت امروزه به تاریخ حقوق تبدیل شده اند.

هرچند به حقوق اسلام امروزه به عنوان حقوق کلاسیک که موضوعیت برخی احکام را از دست داده است، به حیث مثال بردگی، نگریسته می شود. اما، به نظر می رسد حقوق اسلام هنوز هم به عنوان یکی از نظام های حقوقی زنده دنیا مطرح است. صحایف، زبور و تورات قبل از ایجاد مکتب حقوق طبیعی در یونان و روم نازل شده اند و بنابراین بر حقوق طبیعی مقدم اند. پس از حقوق الهی، حقوق وضعی به صورت بسیار ابتدایی به وجود آمده است مانند قانون حمورابی که در حدود ۱۸۰۰ سال پیش از میلاد نوشته شده است. حقوق طبیعی چنانچه گفته شد، در یونان و حقوق وضعی به صورت امروزی بعد از ایجاد مکتب اثبات گرایی به وجود آمده است.

(۲) از نظر منبع: منبع حقوق طبیعی، طبیعت، منبع حقوق الهی وحی و منبع حقوق وضعی امروزه قوانین، عرف، اصول کلی حقوق، رویه قضایی و دکتترین اند که تفصیل آن در بخش دوم این کتاب خواهد آمد.

(۳) از حیث استناد محاکم: در محاکم کمتر و یا هیچ به حقوق طبیعی استناد می شود با آنکه حقوق طبیعی مبنای حقوق بشر و حق های اساسی بوده است. اما، محاکم در نظام حقوقی افغانستان مکلف اند قوانین وضعی و در صورت سکوت قوانین وضعی قانون الهی را تطبیق نمایند (ماده ۱۳۰ ق.ا).

(۳) از نظر مصداق: مصداق های حقوق الهی و حقوق موضوعه به صورت واضح امروزه وجود دارد. به حیث مثال، حق حیات، حق کار، حق تشکیل خانواده، حق داشتن وکیل مدافع و نظیر اینها از مصداق های روشن حقوق الهی و حقوق وضعی اند، اما مصداق های حقوق طبیعی چندان روشن نیست، زیرا چنانچه گفته شد، طرفداران حقوق طبیعی بر این نظر بوده اند که این حقوق در طبیعت وجود دارد و باید این حقوق را با عقل کشف کرد.

۵) از نظر واضح: حقوق طبیعی با عقل کشف می شود و به نظر پیروان این حقوق، این حقوق در طبیعت وجود دارد. واضح حقوق الهی، خداوند عز و جلاله و واضح حقوق وضعی قوای قانونگذاری است.

۶) از نظر مبنا: به نظر طرفداران حقوق طبیعی، مبناى حقوق طبیعی در ابتداء انسان و سپس خدا عز و جلاله بوده است. بنابراین، حقوق طبیعی در ابتدا انسان محور و سپس خدامحور بوده است. اما، به نظر طرفداران حقوق موضوعه حقوق محصول دولت است. در نتیجه، حقوق طبیعی عجین و توأم با حقوق اخلاقی و الهی بوده است، اما به نظر طرفداران حقوق موضوعه، حقوق اخلاقی و الهی از حقوق موضوعه خارج می شود.

۷) از نظر تقدم و تأخر: به نظر پیروان مکتب حقوق طبیعی و حقوق الهی، حقوق طبیعی و حقوق الهی قبل از دولت وجود داشته اند. بنابراین، حقوق طبیعی و حقوق الهی مسبق بر دولت بوده اند. اما، حقوق موضوعه بعد از ایجاد دولت ها به وجود آمده است.

فصل دوم: موضوع، هدف، مبنای حقوق و تعریف مبادی حقوق و فرق حقوق با حق

مبحث اول) هدف و موضوع حقوق

گفتار اول) هدف حقوق

اهداف حقوق یکی از مباحث مهم و بحث بر انگیز در فلسفه حقوق است. در رابطه به هدف حقوق میان علمای حقوق و فلسفه حقوق اتفاق نظر وجود ندارد. برخی بر این نظر اند که هدف حقوق تأمین آسایش، نظم عمومی و عدالت است.^{۴۴} برخی حقوقدانان انگلیسی بر این نظر اند که هدف حقوق تأمین عدالت است.^{۴۵}

به طرفداران اصالت فرد هدف حقوق را تأمین آزادی فرد و احترام به شخص و حقوق طبیعی او می دانند.^{۴۶} اما، طرفداران مکتب اصالت جمع هدف حقوق و قواعد حقوقی را تأمین سعادت اجتماع و ایجاد نظم در زندگی مشترک افراد می دانند.^{۴۷} اعتدالیون یعنی پیروان نظریه های معتدل که میان دو مکتب حقوق فرد و اجتماعی قرار دارند بر این نظر اند که هدف حقوق پیشرفت تمدن و ترقی ملت ها است.^{۴۸}

۴۴. جهت مطالعه مفصل در این مورد ر. ک: ریموند واکس (۱۳۸۲). فلسفه حقوق، مترجم: باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، چاپ اول، تهران، انتشارات جاویدانه، ص ۱۱۷.

45 . WJ. Brown (1999). GCSE Law, seventh edi: (____), Sweet and Maxwell, p 2.

۴۶. جهت مطالعه مفصل در این مورد ر. ک: دل وکیو (۱۳۸۰). فلسفه حقوق، مترجم: جواد واحدی، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۱۱۷

۴۷. جهت مطالعه مفصل در این مورد ر. ک: همان، دل وکیو، ص ۱۷۹.

۴۸. جهت مطالعه مفصل در این مورد ر. ک: همان، دل وکیو، ص ۱۳۷.

برخی دیگر بر این نظر اند که هدف حقوق تحقق عدالت، نظم عمومی، ایجاد روابط مسالمت آمیز و آرام و احقاق عدالت اجتماعی است.^{۴۹} برخی دیگر از نویسندگان بر این نظر اند که غایت تمامی شاخه های حقوق کوشش برای نظم بخشیدن به زندگی فردی و گروهی آدمیان است. بنابراین، اگر هدف حقوق را انسان بما هو انسان بدانیم، می توان تنظیم حقوق و آزادی های فردی و گروهی را وظیفه جوهری حقوق دانست.^{۵۰}

جرمی بنتام انگلیسی (۱۸۳۲-۱۷۴۸ م) را پایه گذار مکتب سود جویی دانسته اند. بنتام که در اندیشه حقوقی آیندگان تأثیر به سزایی گذاشت، باور داشت که نفع اصلی است که هر گونه کنش (عمل) را تأیید و یا رد می کند. او نفع اجتماع را چیزی جز مجموعه مصالح و منافع چندین عضوی که آن را می بافند، نمی داند. از دیدگاه بنتام، کار دولت رشد سعادت جامعه یا فراهم آوری هر چه بیشتر لذت و شادی از نیکبختی و امنیت بخشیدن در برابر رنج است.

قانونگذاری که می خواهد برای جامعه نیکبختی تضمین کند باید چهار هدف: معاش، فراوانی، برابری و امنیت را برای شهروندان به دست آورد. او اشاره می کند که امنیت شخص است که شرف و آبرو، دارایی و وضع آنان را پاسداری و پایداری می کند. در دیدگاه بنتام، آزادی مهم ترین شاخه والای درخت امنیت است. قوانین باید جز در راه آزادی به کار نیایند.^{۵۱}

ایرینگ (۱۸۱۸ - ۱۸۹۲) حقوقدان بزرگ آلمانی نیز، در تعیین مبنای قواعد حقوق، از نظریه سودجویی به صورت دیگر استفاده می کند. به نظر او، حقوق نه تابع سنتهای تاریخی است و نه پیرو قواعد اخلاقی. جوهر حقوق را باید در هدف آن جستجو کرد، و این هدف عبارت است «از انجام زدن بر خودخواهی فرد به منظور تأمین شرایط زندگی در اجتماع». چنان که در انتقاد از مکتب تاریخی آمد، ایرینگ عقیده داشت که هر گروه، برای موافق ساختن حقوق با منافع خود، مبارزه می کند و سرانجام دولت جهتی را بر می گزیند که منافع عمومی در آن است.^{۵۲}

علاوه براین، به نظر می رسد هدف حقوق حفظ مال اشخاص، به حیث مثال، در منع سرقت، قطاع الطریقی، رهنزی و نظیر اینها، حفظ جان، به حیث مثال، منع قتل، ضرب، جرح، اختطاف و نظیر اینها، حفظ آبرو و حیثیت، به حیث مثال، در منع تهمت و افتراء و حفظ عقل انسان، به حیث مثال، در منع شرب خمر، استعمال مواد مخدر است. حمایت از دین انسان، به حیث مثال، منع ارتداد. این مقاصد را

۴۹. ____ (۱۳۸۱). درآمدی بر حقوق اسلامی، چاپ سوم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت)، صص ۱۰۶-۱۰۹.

۵۰. علی اکبر گرجی ازندریانی (۱۳۸۹). مبانی حقوق عمومی، چاپ دوم، تهران: انتشارات جاویدان، ص ۱۵۸.

۵۱. محمد حسین ساکت (۱۳۸۰). حقوق شناسی، چاپ اول، تهران: نشر ثالث، صص ۱۷۶ و ۱۷۶.

۵۲. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، جلد (۱)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۱۵۴-۱۶۴.

در شریعت مقاصد الشریعة می گویند. مقاصد شریعت در شریعت پنج است که عبارت اند از: حفظ دین، عقل، نفس، عرض و مال.^{۵۳}

همچنین، هدف حقوق تنظیم قدرت و تأمین آزادی های و حقوق اساسی شهروندان است، تأمین نافع فرد و دولت است که تفصیل آن در مبحث حقوق خصوصی و حقوق عامه خواهد آمد. همچنین، هدف حقوق زندگی مسالمت آمیز میان اشخاص اعم از خصوصی، عامه و بین الملل است. به عنوان مثال، قواعد حقوقی تجاوز، قتل، ظلم و نظیر اینها را منع می نماید.

در صورتی که اشخاص بر همدیگر ظلم و تجاوز نمایند، می توانند زندگی مسالمت آمیز در سطح ملی و بین الملل داشته باشند. همچنین، هدف حقوق رفع ظلم است. به حیث مثال، اگر احمد مال محمود را غصب نماید یا احمد حمیده را از حق ارث محروم نماید، احمد بر محمود و حمیده ظلم کرده است. در صورتی که محمود یا حمیده در محکمه اقامه دعوی نمایند و محکمه حق محمود و حمیده را اعاده نماید، محکمه رفع ظلم کرده است.

گفتار دوم) موضوع حقوق

موضوع حقوق اشخاص است. اشخاص به دو دسته تقسیم می شوند: شخص حقیقی و شخص حکمی. در ابتداء اشخاص حقیقی بیشتر موضوع حقوق قرار می گرفته است. اما، امروزه با رشد و توسعه حقوق عامه و حقوق بین الملل اشخاص حکمی عامه و اشخاص حکمی بین المللی از موضوعات مهم حقوق اند. در برخی موارد نادر و استثنایی اشیاء و حیوانات نیز موضوع حقوق قرار می گیرند مانند قوانین مربوط به معادن، آب، جنگلات و امثال اینها که موضوع این قوانین غیر از اشخاص است. در برخی موارد حیوانات نیز موضوع حقوق قرار می گیرند، اما این موارد نادر و استثنایی است. به حیث مثال، قوانین و فرامین تقنینی ای که در مورد ابقای حیات وحش وضع می شوند، موضوع آنها حیوانات است.

گفتار سوم) فرق حقوق با حق

میان حق^{۵۴} در مفهوم امتیاز، سلطه، نفع و ... و حقوق^{۵۵} در مفهوم مجموعه قواعد، اصول، رویه ها، تفسیر ها و ... به نظر می رسد تفاوت های ذیل وجود دارد:

۱) حق از سنخ امتیاز، سلطه، توانایی و ... است در حالی که حقوق از سنخ قاعده است. این مهم ترین تفاوت بین حق و حقوق است. در نتیجه، هرگاه بگوییم حقوق عینی منظور مجموعه قواعدی است که رابطه انسان را با اموال و ملکیت تنظیم می نماید. اما، اگر بگوییم حق عینی منظور امتیاز و سلطه است که انسان نسبت به اموال و ملکیت دارد. همچنین، هرگاه بگوییم حقوق اطفال منظور مجموعه قواعدی است که حقوق اطفال را تنظیم می نماید، مانند: احکام مربوط به ثبوت نسب، حضانت و نفقه و

۵۳. مهدی رهبر و منیره خطیبی (۱۳۹۶). ماهیت پول از منظر فقه اسلامی، دو فصلنامه علمی- پژوهشی فقه مقارن، سال پنجم، شماره ۹، ص ۲۵.

54. Right.

55. Law.

امثال اینها. اما، اگر بگوییم حق طفل منظور امتیازی است که قانون برای اطفال معین نموده است. همچنین، هرگاه بگوییم حقوق اساسی منظور از آن مجموعه قواعدی است که روابط قوا و وظایف مقامات عمومی را تنظیم می نماید. اما، اگر بگوییم حق های اساسی منظور از آن امتیاز هایی است که اتباع در ساحة حقوق اساسی دارند، مانند: حق انتخاب کردن، انتخاب شدن و امثال اینها. لذا، قابل توصیه است تا حق به شیوه دری حق ها نه به شیوه عربی حقوق جمع شود، زیرا تفکیک این دو در اکثر موارد مشکل است و موجب ایجاد ابهام در ذهن حقوقدانان به خصوص مبتدیان حقوق می شود.

۲) حق همواره توسط قاعده حقوقی مورد حمایت قرار می گیرد، مانند: حق حیات، حق کار، حق تحصیل، حق ازدواج که قواعد حقوقی این حق ها را از یک طرف پیش بینی می نماید و از طرف دیگر برای ناقضین این حق ها مؤیدات را برحسب سنخ حق پیش بینی می نماید. در نتیجه، مؤیدات حقوقی اعم از مدنی، جزایی و ... برای حمایت حق است.

۳) در حقوق موضوعه حق همواره توسط قواعد حقوقی به اشخاص حقیقی و حکمی اعطا می گردد، مانند: حق تشکیل جمعیت ها، حق داشتن وکیل مدافع، حق اقامه دعوی، حق داشتن ترجمان حین محاکمه و امثال اینها در حالی که قواعد حقوقی را قوه مؤسس و قوه مقننه وضع می نمایند. بنابراین، حق در حقوق موضوعه توسط قواعد حقوقی اعطاء می گردد که در قوانین پیش بینی و متبلور می شوند.

۴) برخی حق ها که تفصیل آن در بخش اخیر این کتاب خواهد آمد، قابل انتقال به ورثه اند، اما حقوق به مفهوم مجموعه قواعد قابل انتقال به غیر نیست.

۵) همانطور که حق در حقوق وضعی توسط قواعد حقوقی به شخص اعطا می شود، توسط قواعد حقوقی از طریق پیش بینی ضمانت اجراهای مدنی، جزایی و سیاسی تضمین می شود. بنابراین، اجرای حق توسط حقوق (قواعد حقوقی) حمایت و تضمین می شود. اما، وجه مشترکی که حق و حقوق دارد از حیث منبع است. چنانچه تفصیل آن در بخش حق خواهد آمد و چنانچه تفصیل آن در بخش دوم این کتاب خواهد، منابع حق و حقوق همان قانون، شریعت، اصول کلی حقوق، عرف، رویه قضایی و دکترین است. بنابراین، این نظریه که منبع حق تصرفات و حوادث حقوقی است محل ایراد به نظر می رسد، زیرا تصرفات و حوادث حقوقی منبع حق شخصی (تعهد/ وجیبه) است که یکی از مصادیق حق است.

مبحث دوم) تعریف مبادی حقوق و هدف آن و مبنای حقوق

گفتار اول) تعریف مبادی حقوق

مبادی لغت عربی است که جمع مبدأ است که در لغت به معنی خاستگاه، آغاز گاه و مکان و زمان آغاز چیزی را گویند.^{۵۶} همچنین، مبدأ در لغت به معنی منبع، سرچشمه، منشأ، آغاز و اصل است.^{۵۷} در اصول: به سرمنشأ و خاستگاه و مبدأ اصول و احکام مبادی می گویند. چنانکه به تعریف، موضوع،

۵۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۸۵.

۵۷. (آخرین بازدید ۱/۱۷/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com>

غایت، منشأ و نسبت یک علم با سایر علوم، واضع و حکم شرع در آن باره و همچنین موضوعات مورد بحث آن مبادی علم گویند.^{۵۸}

با توجه به آنچه گفته شد تعریفی که می توان برای مبادی حقوق ارایه کرد این است که: مبادی حقوق علمی است که در آن از تعریف حقوق، منبع حقوق، مبنای حقوق، روابط قواعد حقوق با سایر رشته ها، تقسیمات حقوق و ... مورد بحث قرار می گیرد. اکثریت نویسندگان مبانی را، که تفصیل آن در مبحث مبنای حقوق خواهد آمد، مترادف با مبادی استعمال می نمایند که محل ایراد به نظر می رسد.

به نظر می رسد در مبادی حقوق صرف کلیات و اساسات حقوق از نظر حقوقی مورد بحث قرار می گیرد، اما در مبانی حقوق فلسفه کلیات و اساسات حقوق مورد بحث قرار می گیرد. لذا، استعمال مبادی و مبانی حقوق برای کتاب های مبادی حقوق که حاوی هر دو جنبه اند مناسب به نظر می رسد.

گفتار دوم) هدف مبادی حقوق

هدف اساسی مبادی حقوقی آشنا سازی مبتدیان علم حقوق به کلیات حقوق است. با مطالعه مبادی حقوق مبتدیان حقوق می توانند الفبا و کلیات حقوق را فرا گیرند و سپس وارد جزئیات شوند. هدف دیگر مبادی حقوق، ارایه تصویر کلی از نظام حقوقی مملکت معین است. در مبادی حقوق، نویسنده سعی می نماید تصویر کلی از نوع نظام حقوقی مملکت متبوع در میان نظام های حقوقی مرسوم در دنیا ارایه نماید.

گفتار سوم) تعریف مبنا و برخی مبانی حقوق

مبنا که جمع آن مبانی است در لغت به معنی بنا، ریشه، پایه، اساس و بنیان است.^{۵۹} همچنین، مبنا در لغت به معنی شالوده، اصل، ساختار است که در انگلیسی به آن «base» می گویند.^{۶۰} در مورد تعریف مبنای حقوق میان حقوقدانان اختلاف وجود دارد. بعضی حقوقدانان بر این نظر اند که: واژه «مبنا» در دانش حقوق عبارت است از نیروی الزام آور حقوق و مقامی که ارزش قواعد حقوق را تأمین می کند و پایه همه قواعد آن به شمار می آید. به این گونه که نظام حقوقی مبتنی بر آن و قواعد و مقررات حقوق بر اساس آن وضع می گردد. بنابراین نیرو و جاذبه ای که پشتیبان قانون است و آدمی را به اجرای آن وامی دارد، «مبنای حقوق» نامند.^{۶۱}

طبق این تعریف مبنا عبارت از پایه های حقوق است. برخی دیگر به این عقیده اند که: در اصطلاح حقوقی به فلسفه وجودی یک پدیده مبنا می گویند. به عبارت دیگر: مبنا عبارت از عواملی است که توسط آن می توان یک مفهوم حقوقی را توجیه نمود. فرق مبنا با منبع این است که «منبع» پاسخ به کجایی یک مفهوم است حال آنکه مبنا نشان از «چرایی» یک پدیده می دهد.^{۶۲}

۵۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۸۵.

۵۹. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۰۴۸.

۶۰. آخرین بازدید ۶/۲۵/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 60.

۶۱. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۷.

۶۲. الیزابت زولر (۱۳۸۹). درآمدی بر حقوق عمومی، مترجم: سید مجتبی واعظی، چاپ اول، تهران: انتشارات جاویدانه جنگل، ص ۲.

اما، برخی دیگر گفته اند که: مبنا در اصطلاح حقوقدانان عبارت است از «اصل یا قاعده ای کلی که نظام حقوقی مبتنی بر آن باشد و قواعد و مقررات حقوقی براساس آن وضع گردد». چنانچه گفته شد، حقوق از امور اعتباری و قراردادی است و اعتبارها و قراردادها حقوقی بشر براساس نیازها و ارزش ها که یک فرد یا یک جامعه احساس می نماید، وضع می گردد. ارزش های هر جامعه با جامعه دیگر متفاوت است.

به عبارت دیگر: هر فرد یا جامعه ای می تواند در زندگی به ارزش های خاص معتقد باشد و در تأمین نیازمندی ها و روابط اجتماعی روش مخصوص پیشنهاد کند. از این رو، هر یک از نظام های حقوقی بشری براساس مبانی مخصوص به خود استوار می باشد. حقوقدانان با روش های خاص می توانند ارزش ها و معیار های مورد نظر در یک نظام حقوقی را برای رفع نیازمندی ها کشف و به کمک آنها در مواردی که دستور صریح از جانب قانونگذار وجود نداشته باشد، تصمیم مناسب گرفته خلاً موجود را پر نماید.

به اصول و قواعدی که در حقوق می تواند چنین نقشی داشته باشد، اصطلاحاً مبانی حقوق می گویند. این اصل یا اصول در هر نظام حقوقی کلی ترین قواعد و ملاک های است که قواعد کلی دیگر نیز بر آن مبتنی می گردد.^{۶۳} داکتر لنگرودی نیز بر این عقیده است که: «قواعد حقوقی که مصرح در قوانین و مستنبط از قوانین موضوعه نباشد و از مطالعه مصالح اجتماع و طبع نظام حقوقی کشف شود، مبانی می گویند.^{۶۴} مهم ترین خصوصیات مبانی حقوق قرار ذیل است:

(۱) مبانی حقوق همیشه از کلیت برخوردار است. بنابراین، عملاً تعداد مبانی در هر نظام حقوقی محدود است؛

(۲) این مبانی از نظر حقوقدانان وضع شدنی نیست. بنابراین، اطلاق قانون یا قاعده بر آنها صحیح نیست،

(۳) در مورد ابهام یا سکوت قانون، این مبانی برای حقوقدانان و قضات جنبه راهگشایی و رهنمونی دارند، زیرا قانونگذاران قوانین و مقررات را با توجه به این مبانی و براساس آنها وضع می نمایند؛ و

(۴) منشأ الزامی بودن قوانین و مقررات اجتماعی همین مبانی است؛ به این توضیح که: حقوق تا حدود زیادی مشروعیت و الزامیت خود را از این مبانی کسب می نماید.^{۶۵} از آنچه در خصوص مبانی حقوق گفته شد، نتایج ذیل به دست می آید:

نخست این که راجع به مبنا سه تعریف وجود دارد:

۶۳. ____ (۱۳۸۱). درآمدی بر حقوق اسلامی، چاپ سوم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت)، صص ۱۶۹ و ۱۷۰.

۶۴. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۴)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه ۱۱۹۴.

۶۵. ____ (۱۳۸۱). درآمدی بر حقوق اسلامی، چاپ سوم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت)، صص ۱۶۹ و ۱۷۰.

۱- مبنا پایه های است که حقوق بر آن استوار است. بنابراین، مبنا عبارت از پایه ها و اساسات حقوق است. مبنا در مفهوم پایه اعتباری و قراردادی است. زیرا، حقوق در عالم حقیقی پایه ندارد. به نظر می رسد برخی مبانی حقوق عبارت اند از: عدالت، انصاف، منافع عمومی، نظم عمومی، امنیت عمومی، آسایش عامه، کرامت انسانی و امثال اینها است.

۲- مبنا پاسخ به چرایی یک مفهوم حقوقی است. در این مفهوم مبنا مترادف به فلسفه وجودی یک مفهوم حقوقی است.

به نظر می رسد میان منبع و مبنا تفاوت های ذیل وجود دارد: نخست این که منابع حقوق قانون، شریعت، عرف، اصول کلی حقوق، رویه قضایی و دکترین است. اما، مبانی حقوق عدالت، منافع عمومی، نظم عمومی، امنیت عمومی، آسایش عامه، کرامت انسانی و امثال اینها است. دوم قلمرو منابع حقوق گسترده و از مبانی محدود است. زیرا، قوانین، فقه، اصول کلی حقوق، رویه قضایی و دکترین ساحه گسترده را در بر می گیرند، اما مبانی حقوق بسیار محدود اند که به برخی آن در بالا اشاره صورت گرفت. سوم این که مبانی در علم حقوق نسبت به منبع از جایگاه بالاتری برخوردار است. معمولاً زمانی که منابع مسکوت باشند، به مبانی مراجعه صورت می گیرد.

فصل سوم: رابطه حقوق با برخی علوم

حقوق از یک طرف با برخی علوم ارتباط دارد و از طرف دیگر ارتباط علم حقوق با برخی علوم دیگر به پیدایش علوم میان رشته ای و مختلط مانند فلسفه حقوق، تأریخ حقوق، جامعه شناسی حقوق و ... منجر شده است.^{۶۶} حقوق با علوم مختلف نظری و تجربی ارتباط دارد. در این فصل رابطه حقوق با برخی علوم نظری را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول) رابطه حقوق با فلسفه

فلسفه از کلمه انگلیسی «Philosophy» به عاریت گرفته شده است که در دری به آن حکمت می گویند. در اصطلاح تعاریف مختلف راجع به فلسفه وجود دارد. فلسفه علم اندیشیدن به مجهولاتی است که وجود عینی ندارند. به عبارت دیگر: فلسفه علمی است که به چراها پاسخ می دهد. از جمع شدن حقوق و فلسفه علمی میان رشته ای به نام فلسفه حقوق ایجاد شده است.

در فلسفه حقوق ما می توانیم به علل هر يك از قواعد حقوق بی اندیشیم و به چراهای مختلف پاسخ گوئیم. به حیث مثال، چرا طلاق در حقوق افغانستان حق مرد است؟ چرا تعدد زوجات در حقوق افغانستان جواز دارد؟ چرا مرد در عقد ازدواج به زن مهر بپردازد؟ چرا سهم پسر در حقوق افغانستان دو برابر سهم دختر است؟ هدف حقوق چیست؟ مبنای حقوق چیست؟ و هزاران سؤال حقوقی دیگر. گذشته از این، اکثر مفاهیم حقوقی، مانند: دولت، حاکمیت، قدرت و ... مبنای فلسفی دارند.

مبحث دوم) رابطه حقوق با اخلاق

۶۶. حسین آراسته و دیگران (۱۳۸۹). در باره علم حقوق، چاپ اول، تهران: نشر کتاب، ص ۳.

اخلاق به معنی خوی ها و جمع خلق است که^{۶۷} در لغت به معنی خوی، رفتار، رفتار خوب و خصلت است. راجع به اخلاق تعاریف ذیل وجود دارد:

(۱) اخلاق عبارت از قواعدی است که رفتار انسان ها به خصوص خوب و بد درست و نادرست را تنظیم می نماید.

(۲) اخلاق قواعد مورد قبول جامعه است که نشان دهنده درستی و نادرستی رفتار اشخاص است.^{۶۸}

(۳) اخلاق مجموع قواعدی است که رعایت آنها برای نیکوکاری و رسیدن به کمال لازم است.

(۴) اکثریت فلاسفه اخلاق را عالی ترین معیار رفتار و کردار انسان می دانند.^{۶۹} با این که زندگی مادی بشر و افکار پیروان اصالت فرد باعث جدایی قواعد حقوق و اخلاق شده است، هنوز هم اخلاق را باید مهمترین منبع حقوق به شمار آورد.

قانونگذار، خواه و ناخواه، از نفوذ اخلاق محیط خود مصوون نیست و ناچار است که برای حفظ نظم و تأمین اجرای قانون، قواعد اخلاقی جامعه را رعایت کند؛ یعنی: تا حد امکان به کاری فرمان دهد که مردم نیز آن را نیکو شمارند و عادتت را نهی کند که وجدان عمومی هم از آن گریزان است. در حقوق کنونی، ریشه بسیاری از قواعد اخلاق است: چنان که لزوم وفای به عهد و ضرر نزدن به دیگران و پای بند بودن به قراردادهای و رد امانت از احکام اخلاق است که از طرف قانونگذار تضمین شده و در زمره قواعد حقوقی درآمده است.

بنابراین، به نظر می رسد وجه تشابه حقوق با اخلاق این بوده است که: نخست این که: هر دو مناسبات انسان ها را با همدیگر تنظیم می نمایند منتها حقوق مناسبات حقوقی و اخلاق مناسبات و روابط اخلاقی را. دوم این که برخی قواعد در اخلاق و حقوق مشترک اند مانند وفا به عهد، پرداخت جبران خسارت، عدم ضرر رسانیدن به دیگران و نظیر اینها. سوم این که در گذشته حقوق و اخلاق در هم تنیده بوده اند. اما امروزه هرچند مبنای بسیاری از قواعد حقوقی اخلاق است اما حقوق از اخلاق کاملاً جدا شده است به ویژه با مطرح شدن اصل مستندل و مستدل بودن رأی قاضی. بنابراین، امروزه خانونال، وکیل مدافع، قاضی و ... نمی توانند به قواعد اخلاقی استناد نمایند.

حقوق و اخلاق، با وجود همبستگی و ارتباط کامل از برخی جهات ذیل با هم تفاوت دارد:

(۱) **تفاوت هدف ها:** هدف از اخلاق اصلاح معایب شخص و ایجاد جامعه فاضله است و بر وجدان و افکار باطنی نیز حکومت می کند. ولی، حقوق به حفظ صلح و نظم در اجتماع بیش از پایی روح و حسن نیت توجه دارد. مقصود از قواعد حقوقی این است که در روابط اجتماعی نظم و عدالت نسبی برقرار شود، هر چند که در این راه اخلاق نیز رعایت نشده باشد. به عنوان نمونه، با آن که نشیندن

۶۷. حسن عمید (۱۳۸۳)، فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۹۰.

۶۸. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۶/۱۷/۲۰۱۶)

۶۹. _____ (۲۰۰۷-۲۰۱۱ م). دایرة المعارف آریانا، جلد (۱)، چاپ اول، کابل: اکادمی علوم افغانستان، ص ۳۲۷.

دعوی به سبب مرور زمان امری خلاف اخلاق است، گاهی قانون به خاطر پایان دادن به دعاوی کهنه و ایجاد آرامش در اجتماع آن را مقرر می کند.

۲) **تفاوت ضمانت اجراها:** قواعد حقوقی ضمانت اجرای مادی و اجتماعی دارد و قانونگذار به انواع وسایل اشخاص را ناگزیر از اطاعت آنها می سازد؛ چنان که نتیجه به کار نبستن قواعد مربوط به شرایط درستی قرارداد، بطلان یا عدم نفوذ آن است و پشتوانه اجرای تعهدی که شخص در برابر دیگری دارد رجوع به محکمه و اجبار به انجام تعهد است. در امور جزایی نیز زندان و تبعید و محروم شدن از حقوق اجتماعی و اعدام قواعد آن را تضمین می کند. در حالی که ضمانت اجرای قواعد اخلاقی فقط جنبه درونی و مذهبی دارد و مکافات بی اعتنایی به آن پاداش روز جزا یا تأثر وجدان شخص است.^{۷۰}

مبحث سوم) رابطه حقوق و جامعه شناسی

از اجتماع حقوق و جامعه شناسی امروزه رشته جدید به وجود آمده است که «جامعه شناسی» حقوق نامیده می شود. در جامعه شناسی حقوق بحث از تأثیر و تأثر وقایع اجتماعی بر حقوق و قواعد حقوقی بر وقایع اجتماعی است. به بیان دیگر: در جامعه شناسی حقوق، جامعه شناسان حقوق، علل و عوامل تطبیق و عدم تطبیق قواعد حقوقی را در اجتماعات مختلف مورد بررسی قرار می دهند. بنابراین، جامعه شناسی حقوق، حقوق در عمل^{۷۱} است.

جامعه شناسی حقوق امروزه به شاخه های مختلف تقسیم می شود، مانند: جامعه شناسی حقوق فامیل که در آن علل و عوامل تطبیق و عدم تطبیق قواعد حقوق فامیل در خانواده مورد بحث قرار می گیرد، جامعه شناسی حقوق کار که در آن علل و عوامل تطبیق و عدم تطبیق قواعد حقوق کار در کارگاه ها را مورد بحث قرار می گیرد، جامعه شناسی حقوق عمومی که در آن قواعد حقوق عمومی در نهادهای حقوق عمومی، مانند: پولیس، محاکم، قوه مجریه، پارلمان و امثال اینها مورد بررسی قرار می گیرد.

مبحث چهارم) رابطه حقوق و اقتصاد

اقتصاد به معنی میانه راه رفتن، میانه روی کردن، به اندازه خرج کردن، تعادل دخل و خرج را نگه داشتن و میانه روی است.^{۷۲} اقتصاد در اصطلاح میان روی را گویند که از طریق آن میان دخل و خرج تعادل حفظ گردد.^{۷۳} حقوق با اقتصاد رابطه دارد. مقننین در وضع قوانین از محاسبات اقتصادی استفاده می نمایند. همچنین، برخی طرح های قانونی مستلزم پیش بینی وجه مالی است که قانونگذار را مکلف به استفاده از محاسبات اقتصادی می نماید. موضوعات اقتصادی نیز لجام گسیخته نیست و توسط قانون تنظیم می شود، مانند: گزینش نوع اقتصادی، سرمایه گذاری، تجارت، شرکت های تجارتي و امثال اینها که توسط قواعد حقوقی تنظیم می شوند.

۷۰. ناصر کاتوزیان (۱۳۷۵). نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران: نشر یلدا، صص ۱۹۴-۲۰۲.

71. Law in practice.

۷۲. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۸۴۳.

۷۳. _____ (۲۰۰۷-۲۰۱۱ م). دایرة المعارف آریانا، جلد (۱)، چاپ اول، کابل: اکادمی علوم افغانستان، ص ۵۹۸.

مبحث پنجم) رابطه حقوق و علوم سیاسی

سیاست به معنی اداره کردن امور حکومت، مراقبت امور داخلی و خارجی مملکت، اصلاح امور خلق، رعیت داری و مردم داری است.^{۷۴} همچنین، واژه سیاست ریشه در زبان عرب دارد و از ساس، یسوس اخذ شده است و در معانی ذیل به کار رفته است:

(۱) سست الرعیة السیاسة؛ یعنی: رعیت را سیاست کردم سیاست کردنی. این جمله وقتی به کار می رود که رعیت را به کاری امر و یا نهی کرده باشند.

(۲) سوس فلان امور الناس؛ یعنی: فلان امور مردم را سیاست کرد.

(۳) السیاسة: القیام علی الشیء بما یصلحه؛ یعنی: سیاست اقدام کردن به اصلاح یک چیز است.

(۴) و ساس السلطان والوالی الرعیة؛ یعنی: سلطان و والی رعیت را سیاست نمود یعنی کار های

رعیت را سرپرستی و تدبیر کرد.

(۵) فهی بلمعنی اللغوی مطلق التدبیر و بالمعنی المصطلح التدبیر فی الامور الاجتماعی بالحکم و السلطة؛ یعنی سیاست در لغت به معنی مطلق تدبیر اما در اصطلاح تدبیر امور اجتماعی مربوط به حکومت و قدرت است.^{۷۵} در مورد تعریف اصطلاحی سیاست میان صاحب نظران حقوق و علوم سیاسی اتفاق نظر وجود ندارد. در یونان سیاست را علم حکومت بر شهر می دانستند.^{۷۶} نولی تعاریف گوناگون برای سیاست ارائه کرده است: (۱) سیاست هنر استفاده از امکانات است؛ (۲) سیاست حکومت کردن بر انسان ها است؛ (۳) سیاست مبارزه برای به دست آوردن قدرت است؛ (۴) همه فعالیت هایی که مستقیم یا غیر مستقیم با کسب قدرت دولت، تحکیم قدرت دولت و استفاده از قدرت دولت همراه است سیاست است.^{۷۷} رابطه حقوق با سیاست در موارد ذیل واضح می گردد:

(۱) بسیاری از رشته های علوم اجتماعی مانند سازمان های بین المللی، اصول روابط، مبادی علم سیاست، مبادی علم حقوق و نظیر اینها بحث هایی اند که هم در علم حقوق و هم در علوم سیاسی مورد مطالعه قرار می گیرند. همچنین، در برخی کشور ها از جمله افغانستان حقوق و علوم سیاسی به صورت مشترک در دانشکده های حقوق تدریس می شوند.

(۲) بسیاری از مقامات سیاسی از نظر تشریفات و سلسله مراتب در رأس ادارات قرار دارند. اما از نظر معلومات حقوقی کمتر و یا هیچ معلوماتی ندارند. زیرا، کمتر خود را زحمت می دهند تا قوانین و مقررات را مطالعه نمایند. در برخی موارد مشاورین حقوقی به دلیل عدم جرأت، عدم موجودیت وقت کافی و نظیر اینها مشوره درست به مقامات سیاسی نمی دهند. بنابراین، بسیاری از تصامیمی را که مقامات سیاسی اتخاذ می نمایند خلاف قانون می باشد. در صورت نقض قوانین، مقامات سیاسی مورد

۷۴. همان، ص ۱۷۸.

۷۵. (۱۳۷۹). دین و سیاست، چاپ اول، تهران: مؤسسه فرهنگی تعلیم، صص ۴۷ و ۴۸.

۷۶. عبدالرحمن عالم (۱۳۸۱). بنیاد های علم سیاست، چاپ نهم، تهران: نشر نی، ص ۲۳.

۷۷. همان، عبدالرحمن عالم، ص ۷۵.

انتقاد افکار عمومی قرار می‌گیرند. بنابراین، افکار عمومی به خصوص افکار حقوقدانان همواره در صدد تحت حاکمیت قانون در آوردن مقامات سیاسی است و مقامات سیاسی به دلیل عدم فهم قوانین، تأمین منافع فردی و حزبی در صدد گریز از حاکمیت قانون. در این گونه موارد رابطه حقوق با سیاست روشن می‌شود.

۳) یکی از موضوعات علم سیاست کسب قدرت است. بنابراین، سیاسیون همواره در صدد کسب و حفظ قدرت اند. اما، حقوق می‌خواهد قدرت را تقسیم و تنظیم نماید. به عبارت وسیع تر: سیاست علم حصول و حفظ قدرت است. بنابراین، سیاسیون همواره در صدد کسب و حفظ قدرت اند. اما، حقوق قدرت را قانونمند می‌نماید و نه تنها به کسب و حفظ، بلکه به انتقال قدرت نیز می‌پردازد.

مبحث ششم) رابطه حقوق با تاریخ

تاریخ مجموعه حوادثی است که از آغاز فعالیت اجتماعی انسان در زندگی وی روی داده است. تاریخ سه نوع است: ۱- تاریخ نقلی که به نقل وقایع ای که در طول تاریخ به وقوع پیوسته است می‌پردازد. ۲- تاریخ تحلیلی که عبارت از علمی است که وقایع را در بستر تاریخ مورد تحلیل قرار می‌دهد. ۳- تاریخ فلسفی که عبارت از علمی است که فلسفه وقایع را در بستر تاریخ مورد بحث قرار می‌دهد. از یکجا شدن تاریخ و حقوق مضمون جدیدی به وجود می‌آید که تاریخ حقوق نامیده می‌شود. در این رشته شکل گیری حقوق در بستر تاریخ مورد مطالعه قرار می‌گیرد. بنابراین، تاریخ حقوق سوابق و تحولات حقوق را ارائه می‌دهد.

تأسیسات حقوقی محصول قانون يك روزه نیستند. هر کدام سرگذشتی طولانی دارند. این سرگذشت حقوق را ما در تاریخ حقوق می‌بینیم. قواعد حقوقی مربوط به مالکیت، مربوط به زوجیت، خانواده، حتی جزئی ترین قواعد حقوقی مثل خسارت معنوی دارای سوابقی است و باید سیر تحولات آن را در تاریخ حقوق ملاحظه نمود. حقوق زمانی به تاریخ حقوق مبدل می‌شود که قواعد حقوقی نسخ گردند.

بخش دوم: منابع حقوق افغانستان

در گذشته در جهان به صورت عموم هفت نظام حقوقی وجود داشت. نظام حقوقی رومن ژرمنیک، کامن لا، سوسیالیسم، اسلام، حقوق یهودیت، کشور های افریقای جنوبی و هند و چین. اما، امروزه از این میان نظام ها، چهار نوع آن باقی مانده است که عبارت اند از:

۱) نظام حقوقی رومن ژرمنیک که منابع آن عبارت اند از: قانون اساسی، معاهدات بین المللی به شمول معاهدات اتحادیه اروپا، عرف و عادات، رویه قضایی،^{۷۸} اصول کلی حقوق و دکتترین.^{۷۹} فرانسه و برخی کشورهای اروپایی پیروی این نظام هستند؛

۲) نظام حقوقی کامن لا که منابع آن عرف و عادات، قانون، دکتترین و رویه قضایی است. کشورهای انگلستان، امریکا و برخی کشورهای دیگر پیروی این نظام هستند؛^{۸۰}

۳) نظام حقوقی مارکسیسم که منابع آن عبارت اند از قانون، رویه قضایی، عرف و عادات، قواعد زندگی مشترک سوسیالیستی و دکتترین.^{۸۱} کشورهای اتحاد جماهیر شوروی سابق پیروی این سیستم بوده اند؛

۴) نظام حقوقی اسلام که منابع آن عبارت اند از: قرآن، سنت، اجماع، قیاس، استحسان، مصالح مرسله، استصحاب الحال، سد الذرایع، قول صحابی، عرف و شرایع آسمانی که چهار منبع ای اول اتفاقی و سایر منابع اختلافی است و علمای اصول این منابع را منابع تشریح می گویند. کشورهای مانند عربستان سعودی امروزه پیروی این نظام به صورت ناب آن است.

به نظر می رسد نظام های حقوقی رومن ژرمنیک و کامن لا نه تنها توانسته اند اصالت خویش را حفظ نمایند، بلکه در نتیجه، نقل انتقال نهاد ها و پالیسی و عقب ماندگی کشورهای دیگر و در نتیجه تقلید کشورهای دیگر از الگوی های حقوقی این نظام ها، اشغال نظامی کشورهای دیگر وارد این کشور ها نیز گردیده اند.

برخی کشورهای عقب مانده به صورت کلی این نظام ها را پذیرفته اند و برخی کشورهای دیگر نیز به نحوی از انحاء از این دو نظام متأثر شده اند. به نظر می رسد نظام حقوقی افغانستان الی سال ۱۳۰۱ به

78 . Case law/ Jurisprudence.

79. D. L. A. Barker and C. Padfield (1375). Law, 1st edi, Tehran: Arian bookshop, pp 13- 36.

۸۰. رنه داوید و کامی ژوفره اسپینوزی (۱۳۸۱). دو نظام بزرگ حقوقی، مترجم: سید حسین صفایی، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان.

۸۱. محسن صادقی (۱۳۸۴). اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۱۴.

صورت ناب اسلامی بوده است. اما، بعد از سال ۱۳۰۱ به نحوی از انحاء از نظام حقوقی رومن ژرمنیک متأثر شده است. این تأثیر پذیری بیشتر از طریق نظام حقوقی مصر، عراق، جمهوری اسلامی افغانستان و ... صورت گرفته است. زیرا کشورهای مذکور به تقلید از کود ناپلیون قانونگذاری و نقل انتقال نهادها و ساختارها را از نظام حقوقی فرانسه شروع نمودند. این تأثیر پذیری تا به حال ادامه دارد. علی الرغم تأثیری پذیری نظام حقوقی افغانستان از نظام رومن ژرمنیک، نظام حقوقی افغانستان تا اندازه ای توانسته است، اصالت خویش را مانند اکثر کشورهای اسلامی دیگر حفظ نماید.

در نتیجه، نظام حقوقی افغانستان از یکطرف تأثیر پذیر از قوانین موضوعه بوده است و از طرف دیگر از نظام حقوقی اسلام و منابع آن. از آنچه گفته شد، چنین نتیجه به دست می آید که: نوع پنجم نظام های حقوقی در جهان ایجاد شده است که همان «نظام حقوقی مختلط» است، مانند نظام حقوقی پاکستان که اخلاطی از نظام حقوق اسلامی و نظام حقوقی کامن لا است و مانند نظام حقوقی ایران و مصر که در واقع اخلاطی از نظام حقوقی اسلام و رومن ژرمنیک هستند.

به نظر می رسد نظام حقوقی افغانستان را نیز با توجه به منابع آن که بحث آن در فصل های بعدی خواهد آمد می توان در زمره نظام های حقوقی مختلط آورد. زیرا، نظام حقوقی افغانستان از یکطرف اسلامی و از طرف دیگر رومن ژرمنیک است.

با توجه به این خصوصیت، منابع آن را نیز از یکطرف منابع نظام حقوقی رومن ژرمنیک و از طرف دیگر فقه اسلامی تشکیل می دهد. منابع جمع منبع است و منبع از ریشه نوع اشتقاق یافته که در لغت به معنی خاستگاه، اصل و سرچشمه است که به آن مصدر که جمع آن مصادر است نیز می گویند. پس، تعریفی که در اصطلاح حقوقی برای منبع ارایه می نمایند این است که خاستگاه و یا سرچشمه یک پدیده منبع است.^{۸۲}

به عبارت دیگر: منبع عبارت از یافتگاه های قواعد حقوقی است که اشخاص برای تنظیم روابط حقوقی و اجتماعی و قاضی برای یافتن قاعده حاکم بر دعوی به آن مراجعه می کند.^{۸۳} گاهی به عوض منابع حقوق از مصادر حقوق نیز استفاده می شود. مصادر جمع مصدر از ریشه صدر گرفته شده است. مصدر اسم مکان است که در لغت مترادف منبع است.

اهمیت تعیین و تشخیص منابع حقوق این است که این امر قاضی، مدعی العموم، وکیل مدافع، مشاور حقوقی و ... را کمک می نماید تا در صورت مواجه شدن با یک مسأله یا قضیه حقوقی به این منابع مراجعه و قواعد حقوقی حاکم بر آن مسأله یا قضیه را پیدا و مشکل را حل نماید. با توجه به اینکه نظام حقوقی افغانستان مدون و مختلط است، منابع آن عبارت اند از: قوانین، معاهدات بین الملل فرامین

۸۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۸۲.

۸۳. حسین آراسته و دیگران (۱۳۸۹). در باره علم حقوق، چاپ اول، تهران: نشر کتاب، ص ۱۵.

بخش دوم: منابع حقوق | ۴۱

تقنینی، مقررات، اساسنامه ها، لوایح، طرز العمل ها، ایزاد، تعدیل، ضمیمه، فقه، عرف و عادات، اصول کلی حقوق، متحدالمآل های ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان و دکترین:

فصل اول: قوانین در مفهوم عام

اولین و مهم ترین منابع حقوق افغانستان قوانین است. در این فصل به صورت بسیار مختصر قوانین و انواع قوانین را مورد مطالعه قرار می دهیم. قانون به عنوان یکی از منابع مهم حقوق به سه دسته تقسیم می شود: قانون الهی که ناشی از اراده خداوند عز و جل است. قانون طبیعی که ناشی از طبیعت است. قانون بشری که ناشی از ذهن بشر است.

قانون بشری در نظام حقوقی افغانستان به قانون اساسی، قانون عادی، فرمان تقنینی، بودجه ملی، اصول و ضوابط داخلی مجلسین شورای ملی، مقررہ ها، اساسنامه ها، طرز العمل ها، لوایح و ضمیمه، معاهدات و موافقتنامه های بین المللی و بودجه ملی تقسیم می شود. در این فصل معنی لغوی قانون، تعریف قانون در مفهوم عام و خاص (مبحث اول)، پیشینه قوانین در افغانستان (مبحث دوم) و انواع قانون در نظام حقوقی افغانستان (مبحث سوم) را مورد بحث قرار می دهیم و در فصل های بعدی سایر مباحث مربوط به قانون را.

مبحث اول) معنی لغوی و تعریف قانون در مفهوم خاص و عام

در خصوص اصل واژه «قانون» که عربی است، دری یا یونانی میان حقوقدانان^{۸۴} و لغت شناسان اتفاق نظر وجود ندارد. به طور کلی، در این مورد سه نظریه وجود دارد:

۱) گروهی آن را عربی الاصل ندانسته و از واژه های دخیل در عربی می دانند که از واژه لاتین «kanon» یعنی خط کش مأخوذ است. دلیل این گروه، تشابه آوایی (صوتی) بین لفظ «قانون» و

۸۴. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، ص ۸؛ علی پاشا صالح، (۱۳۴۸). سرگذشت قانون، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ص ۸؛ و ___ (۱۳۸۱). درآمدی بر حقوق اسلامی، چاپ سوم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت)، صص ۲۹۱ و ۲۹۲.

«kanon» و نزدیک بودن معنای این دو و احتمال معرب شدن این کلمه در اثر تعامل فرهنگی اسلام و غرب است.

۲) گروه دوم نیز در غیر عربی بودن و معرب بودن این واژه تردید ندارد، اما آن را گرفته شده از زبان رومی، فارسی، سریانی یا عبری دانسته اند.

۳) سومین گروه اعتقاد دارد که «قانون» لفظاً و اصلاً عربی بوده و اصل آن «قن» است. طبق عقیده این گروه، قانون به لحاظ شکلی بر وزن «فاعول» است. وجود تشابه بین لفظ «قانون» و «kanon» یا «canon» دلیل بر غیر عربی بودن آن نیست و تغییر حرف «کاف» به «قاف» موجه به نظر نمی رسد، زیرا حرف «ک» مثل حرف «ژ» یا «گ» فارسی نبوده که نیاز به تعریب داشته باشد. نظریه این گروه به صواب نزدیک تر است زیرا هم دلایلی قوی است و هم با نظر برخی از بزرگان علم فقه اللغه از جمله ابن منصور موهوب بن احمد جوالبقی در کتاب المعرب سازگاری دارد که او هم لفظ قانون را معرب ندانسته است.

با توجه به تتبعات واژه قانون مانند: تقنین، تقنینیه، مقننه، مقنن که همه بر اوزان عربی اند، می توان با نظر اخیر هم عقیده شد. در زبان عربی «قانون» به معنای «مقیاس کل شیء» یعنی مقیاس هر چیز است. در زبان فارسی با آنکه اکثر واژه شناسان لفظ «قانون» را عربی دانسته، برخی بزرگان در فارسی بودن این واژه و مأخوذ بودن آن از «کانون» تردید نکرده اند. از جمله کسانی که گفته اند که قانون عربی نیست جوهری در صحاح، طریحی در مجمع البحرین، ابن منظور در لسان العرب و محمد بن عبدالقادر در مختار الصحاح می باشند. برخی اهل لغت مانند زبیدی در تاج العروس ذکر کرده اند که گفته می شود که قانون کلمه رومی و یا فارسی است.^{۸۵}

در واقع، تعریف ادبای فارسی از این واژه همدیف با تعاریف لغویان عرب است و از جمله گفته شده است که قانون به معنی اصل و مقیاس چیزی یا رسم و قاعده، روش، آئین، شکل، طریقه و ترتیب، نظم و دستور و منوال و طرز و کانون، و آداب و شریعت است.^{۸۶} واژه قانون در استعمالات فقهاء چندان کاربرد ندارد و به جای آن از واژه هایی چون: «شرع»، «شریعت» یا «حکم شرعی» به کار رفته است.

البته، برخی از فقهاء از جمله فقیه مالکی ابن جزری که در اوایل قرن هشتم (۷۴۱-۶۹۳ هجری شمسی) می زیسته، لفظ «قانون» را در کتابی که آن را «قوانین الفقهیه» نامیده در همین معنای مصطلح به کار برده است. همچنین، ابن قیم جوزیه در کتاب اعلام الموقعین عن رب العالمین، عنوان «قوانین سیاسیه» را برای دلالت بر آنچه حکمرانان به منظور اداره امور اجرایی و سیاسی وضع می کنند، استفاده کرده است. کتاب قوانین الاصول میرزای قمی نیز از جمله کاربردهای واژه «قانون» در فقه شیعه است. کثرت کاربرد این واژه را باید از آثار اقبال کشور عثمانی در قرن نوزدهم به وضع قانون به سبک جدید

۸۵. زکی ناظر حسین ذکی (____). نگاهی به قانون و بایستگی های آن، مجله عدالت، شماره ۴۴، ص ۶۷.

۸۶. صفر بیگ زاده (۱۳۸۷). شیوه نگارش قانون، چاپ دوم، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، ص ۲۰.

دانست که با فروپاشی این دولت این امر همچون سایر میراث‌های این امپراتوری به دولت‌های بزرگ عرب رسید. البته، در ابتداء معنای «قانون» بیشتر همان شرعیات مدون به سبک جدید بود، چنانکه در «المجلة = مجلة الاحکام» این امر به وضوح آشکار است. البته، در تمام کشورهای عربی قانون به معنای جدید آن با همین لفظ «قانون» به کار نمی‌رود، بلکه در مراکش «مدونة»، در تونس «المجلة»، در مصر «تقنین» و در عربستان سعودی «نظام» گفته می‌شود.^{۸۷}

بسیاری از استادان حقوق قانون را به معنی عام و خاص تعریف نموده‌اند. قانون به معنی عام در برگرفته قانون اساسی، قوانین عادی، فرامین تقنینی، مقررات، اساسنامه‌ها، لوایح و طرزالعمل‌ها می‌شود. اما، قانون به معنی خاص صرف شامل قوانین عادی مصوب پارلمان می‌شود. آقای صالح علی پاشا در این باره در کتاب سرگذشت قانون می‌نویسد: قانون به معنی اعم قاعده کار است در همه علوم و فنون و بر همه چیز عالم حاکم است. ولی، به مفهوم خاص، قانون دستور زندگانی اجتماعی است که از طرف مقام صلاحیت دار (مصدر قدرت و مسند امر و نهی و مرجع قانون‌گذاری هر کشور) به اعتبار عرف و عادات و رسوم دیرین پیرامون حق و ناحق و سزا و جزا و تشخیص نیک و بد با ضمانت اجراء مقرر و اعلام می‌شود.

طبق این تعریف، منظور از قانون به معنی اعم خارج از علم حقوق است. اما، قانون به معنی اخص، قانون در علم حقوق است. در این خصوص برخی حقوقدانان می‌نویسند که: قانون مجموعه قواعدی است که توسط دولت وضع می‌شود و در مجموعه به نام کُد پیدا می‌شود.^{۸۸}

داکتر کاتوزیان در تعریف قانون به مفهوم عام و خاص در کتاب مقدمه علم حقوق می‌نویسد: وقتی در منابع حقوق از قانون سخن گفته می‌شود و این منبع در برابر عرف به کار می‌رود، مقصود تمام مقررات است که از طرف یکی از سازمان‌های صالح دولت وضع شده است، خواه این سازمان قوه مقننه یا رئیس حکومت یا یکی از اعضای قوه مجریه باشد.

پس، در این معنی عام، قانون شامل تمام مصوبات مجلس و تصویب‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های [در حقوق افغانستان: لوایح و طرزالعمل‌ها] اداری نیز می‌شود. ولی، در اصطلاح حقوق اساسی ما، قانون به قواعدی گفته می‌شود که یا با تشریفات مقرر در قانون اساسی، از طرف مجلس شورای اسلامی وضع شده است، یا از راه همه‌پرسی به طور مستقیم به تصویب می‌رسد (اصول ۵۸ و ۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران). یعنی: قانون مفهوم ویژه‌ای دارد که با تصمیم‌های قوه مجریه متفاوت است و آنها را نباید به جای هم استعمال کرد.^{۸۹}

۸۷. همان، صفر بیگ زاده، صص ۲۰ و ۲۱.

88. Barry Nicholas, (2005). The French Law of Contract, second edition, Exford university press, p 5.

۸۹. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۱۲۰.

داکتر لنگرودی نیز در این مورد می نویسد که: «قانون در معنی اعم شامل تصویب نامه و آیین نامه [مقررات و لوایح] است، ولی در معنی اخص شامل اینها نمی شود.»^{۹۰}

به نظر می رسد که قانون به معنای عام اعم است از تمام قوانین مدون که با طی تشریفات خاص وضع می شوند فارغ از اینکه واضح آنها قوه مؤسس، قوه مقننه یا سایر مقامات و مراجع صلاحیتدار باشد. اما، قانون به معنای خاص به مصوبات قوه مقننه اطلاق می شود. در حقوق افغانستان نیز تعریف قانون به مفهوم عام و خاص امکان پذیر به نظر می رسد.

به مفهوم عام قانون در برگرفته تمام قواعد مدون اعم از قانون اساسی، قوانین عادی، فرامین تقنینی، مقررات، اساسنامه ها، لوایح و طرزالعمل ها می شود، زیرا این اسناد موجد هنجارهای حقوقی اند. اما، به مفهوم خاص قانون براساس ماده ۹۴ قانون اساسی در افغانستان صرف شامل قوانین عادی مصوب شورای ملی می شود.

مبحث دوم) پیشینه قوانین عادی در افغانستان

برخی مؤرخین بر این نظر اند که: در سرودهای ویدی و ریگ وید و آثار منظوم آن دوره که مشتمل بر قوانین مذهبی و اصول خانواده بوده است، اولین جرقة قانونگذاری و قضاء را می یابیم. وقایع تاریخی که از آن سروده ها استخراج شده حاکی از آن است که سوداس پسر دیواداسا پادشاه قبیله بهاراته که مشاور مذهبی موسوم به «ویسوامیترا» داشت که به قوه معنوی و تدابیر سنجیده نفوذ روحانی خود «سوداس» را در امور کشور کمک می نموده است که علایمی از قانون و قضاء را در پیشینه افغانستان نشان می دهد.

در گویش اشاره به تشکیلات سلطنت آریایی در حوزه اکسوس شده است. کیومرث یا گومرد در بخدی نظام تکامل یافته ای اجتماعی و اداری داشت و در این عصر، امپراطوری های متری در باختر و کنار دجله و فرات دارای نظام قانونی و قضایی بوده است. در دوره آریایی ریشی ها (داناایان) گرامنی ها و یا رؤسای دهات و مجالس عوام و اعیان مسمی به سمیتی ها و سبها ظهور نمود. این مجلس را می توان بنیاد اساسی قانونگذاری که حتی در انتخاب شاه نقش قوی داشتند در جامعه آن روز افغانستان تلقی کرد.

همچنین، در این دوره مشاور مذهبی به نام «پورهیتا» شاه را در امور قضایی و اداری مشوره می داده است. در اوستا آمده است که: «اهورامزدا» «یمای کشنگ» را خواست و گفت: «قوانین مرا در میان گروه مردمان تبلیغ نما». محققین مجلس سبها (عوام) و سمیتی (اعیان) را نوعی نظام دموکراسی تلقی نموده اند. سبها در قریه ها تشکیل می یافت. برای تشکیل آن محلی معینی وجود داشت و مردان و زنان بدون استثناء در آن شامل می شدند که شبیه جرگه های قبیلوی امروزه بوده است. سمیتی نوع دیگری از جرگه

۹۰. محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۴)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه شماره ۱۰۵۹۰.

قومی بوده که ریش سفیدان، نجبا و اعیان قوم بنابر اشاره سرودهای ویدی صاحبان گله های اسپ، عراده ها، رمه ها و ثروتمندان اعضای آن بوده اند. «دیودووس» می گوید: زور استر «زردشت» آورنده پیام پندار نیک، گفتار نیک و کردار نیک که قسمتی از کتاب قطور وی در کتابخانه کوپن هاگن بجا مانده است، در میان آریایی ها اظهار کرده است که: قوانین جدیدی که میان خلائق شیوع داده است، روح پاک به او تلقین نموده است. او اولین گنگره یا مجلس بزرگ را در جامعه آریایی بلخ تشکیل نمود که اعضای آن به دور آتش که قانون یاد می شد، می نشستند. اوستا که از استاک گرفته شده است را قانون ترجمه کرده اند.

به قول پروفیسور اندراس، اوستا از کلمه اوستا اشتقاق یافته است و به معنی اساس، بنیان، متن اصلی، کتاب یا قانون شهری است و یا مجموعه هدایات و قوانینی می باشد که زردشت از جانب اهورمزدا آورده است. محفل بزرگ مذهب بودایی که در عصر آشوکا پادشا موریان در شهر «پتالی پوترا» تشکیل شد و در مورد تنظیم قوانین مذهبی و برخی مسایل دیگر بحث نمودند و مصوباتی را تصویب نمودند.

سپس، جلساتی از ترکیب پنجمصد نفر علمای متبحر که ریاست آن را «وازومیترا» عالم بزرگ گندارایی به عهده داشت، دایر و مباحثان منتهی به اصلاح و تعدیل در قوانین بودایی، ایجاد روش جدید در تحریر قوانین به نام «مهایانا» یا راه بزرگ گردید. در دوره اسلام اجراءات دولتی، تابع احکام شریعت اسلامی بود. عباسی ها و امویان نیز از همین اصل پیروی می کردند. علی الرغم اینکه صریحاً مطالبی از نظام قانونگذاری دوره های سامانیان، غزنویان، سلجوقیان در تاریخ نمی یابیم، اما تشکیلات نظامی، اداری و مناصب ملکی آن دوره مانند صاحب الجیش، صاحب بزرگ، وکیل خالصه و دیوان رسالت، نماد های از موجودیت نظام قانونمند می باشد.

در عهد بابر شاه، کتابی به نام «فتاوی ببری» توسط شیخ نورالدین خوانی تألیف شده است. در 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 يك قانون اساسی محدود نمی شد.

در صورت ضرورت تصمیم گیری برای مسایل مهم مانند جهاد و سایر مسایلی که در سطح کشور دارای اهمیت بودند يك لویه جرگه جهت تضمین اجرای تصمیمات حاکم تشکیل می شد. یکی از مشهور ترین لویه جرگه ها، 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 می شود. سال های ۱۷۴۷ تا ۱۹۲۳ (۱۱۲۶ الی ۱۳۰۲) را می توان 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 بلندترین مرجع صلاحیت‌دار کشوری، همه مقامات دولتی را منصوب می‌کرد. او وزیری را که مشابه نخست‌وزیر است و دومین مقام قدرتمند بعد از شاه محسوب می‌شد، منصوب می‌نمود. در این نظام سنتی، تطبیق عدالت تحت صلاحیت علما و یا به عبارت دقیق‌تر قضات و مفتی‌ها بود. علما از حکومت مرکزی که به آنها صلاحیت و امتیازات بسیار داده و از این طریق بر قدرت و تاثیر آنها اضافه می‌کرد، حمایت می‌نمودند.

علما در اجرای عدالت بر اساس تفاسیر خود از اصول اسلامی آزاد بودند. باوجوداین، احمدشاه ابدالی در صیانت حقوق عامه سعی به کار برد و در عهد او قوانین دینی، مذهبی و ملی منجمله برای رهنمایی قضات و محاکم تدوین و فتاوی‌ای احمدشاهی به زبان پشتو با اقتباس از فقه توسط عبیدالله خان دیوان بیگی وکیل الدوله تحریر شد و نیز دستورالعمل توسط صدور فرامین، صادر می‌شد. تیمورشاه، پسر احمد شاه و پسران تیمورشاه، زمان شاه، شاه محمود و شجاع‌الملک از همین اصول پیروی می‌کردند چنانچه یکی از علمای آن وقت موسوم به عزیز‌الدین را برای تدوین و تنظیم قوانین اسلامی برگزیدند.

امیر شیرعلی خان (۱۲۴۷-۱۲۵۹) به دوره دوم زمام‌داری به قبول و عملی نمودن برنامه‌های اصلاحی سید جمال‌الدین فرصت‌کوتاهی یافت و به پیگیری و تحقق این آرمان‌ها پرداخت. موازی با این تحولات علاوه بر نشر جریده پانزده روزه شمس‌النهار، به نگارندگی مولوی عبدالعلی در سطح قانونگذاری که کلیدی برای پیگیری اصلاحات به حساب می‌آمد، امیر هسته شورای دوازده نفری را گذاشت که اعضای آن باداشتن صلاحیت تصمیم‌گیری در همه امور از جانب شاه منصوب می‌شدند.

امیر شیر علی خان غرض تنظیم امور مالی کشور دساتیری وضع نمود. قانون نامه عسکری در ۷۹ صفحه، قواعد و قانون بودجه در ۳۸۲ صفحه، و کتب دیگری به نام ذخیره الملوک و فتوی‌ارکان الصلواة در مطبعه شمس‌النهار به طبع رسید. در همین دوره، مکتب ملک زادگان که در آن مضامین حقوق و اداره تدریس می‌شد، تأسیس شد.

امیر شیر علی خان قوانین وضع کرد تا مالیات اراضی الی رسیدن محصول، پیشکی گرفته نشود. معاش عساکر و مأمورین بالای مالیه دهندگان حواله نگردد و از خزانه دولت پرداخته شود. وقتی دولت تحت حکومت امیر عبدالرحمن (۱۲۵۸-۱۲۷۹) تصمیم به انحصار قدرت در دست مراجع دولتی نمود، از جمله اقدام به اتخاذ تدابیری جهت کنترل مدیریت اجرای عدالت، امیر عبدالرحمن به شدت بر اسلام تاکید می‌کرد تا حکومت متمرکز خود را مشروعیت داده، ثبات بخشد. بنابراین، او به بیان و ارائه دکنترین جدیدی از حاکمیت اقدام کرد که بر اساس آن مفهوم اسلامی فرامین الهی نقشی مشابه مفهوم مطلق اروپایی حاکمیت الهی ایفاء می‌نمود.

او ادعا کرد که برخلاف پیشینیان وی، که قدرت خود را از تصامیم اجتماع رسمی رؤسای قبایل اخذ می نمودند، قدرت او مبتنی بر تأییدات الهی است. مطابق نظر وی، او رهبر جامعه اسلامی و نماینده خداوند بر ملت خود بود. اقدامات امیر عبدالرحمن تطبیق عدالت در افغانستان را متشکل و منسجم نموده و حوزه قدرت مراجع مرکزی بر امور قضایی را افزایش داد.

با وجود این، ارائه و معرفی یک قانون اساسی رسمی به حیث یک ساختار قانونی برای اجرای قدرت دولت در دستور کار او نبود. بنابراین، اندکی قوانین در زمان او تدوین شد. دستور العمل حکام، اساس القضاء در ۳۶ مواد، احتساب الدین به اهتمام گل محمد خان و مولوی احمد جان خان الکوزی، شهاب الحساب و مطالبی در مورد خط مشی امیر تدوین شد. در دوره جانشین عبدالرحمن خان، یعنی امیر حبیب الله (۱۲۹۷-۱۲۷۹) این نظام بدون تغییر و تهدیدی باقی ماند.

در واقع، حبیب الله شیوه‌ای نسبتاً منعطف تر در مقابل علما داشت؛ علمایی که بار دیگر بخش زیادی از قدرت و تأثیر خود را به دست آورده و در مقابل به نحو آگاهانه‌ای از حکومت او حمایت می کردند. امیر حبیب الله خان امر طبع معین الحکم یا ضیاء الحکام را که هنوز چاپ نشده بود به نام سراج الاحکام در ۶۴۷ صفحه و سراج الارکان را که توسط حاجی عبدالرزاق، مولوی عبدالرب و ملا عبدالرحمن اعضای محفل میزان التحقیقات شرعیة تألیف گردیده بود، در مطبعه حروفی دارالسلطنة صادر کرد.

همچنین، نظام نامه های داگ خانه (پسته خان)، راهداری و انجمن معارف به داخل ۸۵ مواد در ۱۲۹۲ هجری شمسی، خریداری اموال از دول خارجه، تذکره، مالیات بر عایدات، قواعد کوتاه والداری و نظامنامه بخاطر پوشیدن لباس و شب نشینی اهل دربار تدوین شد و امیر حبیب الله در ۱۲۹۳ مجلس کوچکی را به نام مجلس شورا اساس گذاشت. همزیستی حکومت مرکزی و علما در دوره حاکمیت امان الله خان که در سال ۱۹۱۹ به قدرت رسید، به شدت متزلزل گردید. حکومت او به واسطه تغییرات بزرگ که یکی از مهمترین آنها استقلال رسمی افغانستان از انگلستان بعد از پایان سومین جنگ کوتاه میان انگلیسی ها و افغان ها بود (معاهده راولپندی در تاریخ ۸ اگست ۱۹۱۹) شناخته شده است.

امان الله خان با تأسیس رسمی يك دولت مستقل، تلاش کرد جامعه قبیله‌ای افغانستان را به يك دولت - ملت و به حیث يك نمونه برای جهان اسلام، تبدیل نماید. اقدامات و اصلاحات امان الله خان مخالف روحیه جامعه بوده و حتی تا کنون در افغانستان به عقیده عده‌ای رادیکال و افراطی به نظر می رسد. این اقدامات شامل ایجاد امکان تحصیل و تربیه برای زنان، لغو ازدواج کودکان (اطفال) و اعمال محدودیت در تعدد زوجات بود. به علاوه، او تلاش کرد تا به نحوی اساسی اقتصاد افغانستان را تغییر داده، مدرن نماید.

همچنین او اصلاحاتی را در بخش قضایی ارایه نمود. او به تقلید از کشورهای غربی، تلاش کرد تا بنیان حقوقی کاملی را برای دولت جهت اعمال حاکمیت قانون ایجاد نماید، اندیشه‌ای که تا آن زمان در

افغانستان شناخته نشده بود. در ۱۹۲۳، او یک قانون اساسی وضع کرد که در نتیجه آن حکومت افغانستان را به پادشاهی مشروطه تبدیل نمود. اصلاحات قضایی امان الله خان، که اغلب به اصلاحات «نظام نامه» موسوم گشت، تا حدودی متأثر از اصلاحات «تنظیمان» اواخر قرن نوزدهم در ترکیه بود.^{۹۱} امان الله خان نظام جدیدی از محاکم دولتی و قانون جزا را ایجاد نمود. ماده ۲۱ قانون اساسی امان الله خان حکم می کرد که در محاکم عدلیه کلیه قضایا باید مطابق شریعت و قانون جزا و مدنی مورد رسیدگی قرار گیرند.^{۹۲} شاه امان الله خان با حصول استقلال جنبش مشروطه خواهان را که از قبل بنیانگذاری شده بود، یک بار دیگر در تاریخ سیاسی و اجتماعی افغانستان مطرح کرد. امان الله خان شورای دولتی را که در رأس آن سردار شیراحمد خان قرار داشت، ایجاد نمود. این شورا مرکز مذاکره و صلحت های عمومی مملکت بود و وظایف آن به دو دسته تقسیم می شد:

(۱) تنظیمات ملکیه که مراد از آن تنظیم هرگونه نظام نامه ها، علاوه نمودن تعدیل احکام آن بود؛ و
(۲) محاکمات مأمورین. از نظر تشکیلاتی در رأس آن یک رئیس که جزء هیأت کابینه نیز بود با سه معاون و یک منشی و یک سرکاتب قرار داشت. قسمتی از اعضای شورا انتخابی و عده ای هم از جانب شاه انتصاب می شدند. همزمان با تأسیس این شورا وزارت عدلیه نیز تأسیس شد و محمد ابراهیم خان بارکزی به صفت اولین وزیر عدلیه افغانستان تعیین گردید.

امان الله خان در بدو اعلان جهاد و استقلال کشور به حکومت قانون تأکید می کرد و می گفت: «بعد از این قانون حکومت می تواند و بس». شورای علوم، شورای دولت و محفل وضع قوانین که مقر آن، عمارت برج شمالی ارگ بود، از دست آوردهای این دوره می باشد. نویسندگان و مترجمین عضویت این شورا را داشتند: بدری بیگ ترکی نایب رئیس، نیک محمد خان، فتح محمد خان، جمعه خان، حبیب الله خان، عبدالغنی خان، نجف علی خان، محمد قاسم خان، امیر محمد خان و عبدالرحیم خان عضویت شورا را داشتند.

تأسیس این شورا را می توان اولین گام در جهت به میان آمدن تقنین در افغانستان شمرد. لویه جرگه منعقد ۱۳۰۳ هجری شمسی پغمان، در چوکات شورای دولت، دار التالیفی را نیز جهت تألیف فتاوی امانیه به ریاست مولوی محمد ابراهیم کاموی تجویز نمود. از همین جا است که قانونگذاری افغانستان منظمآ آغاز و متخصصین ترکی جمال پاشا و بدری بیگ در این پروسه همکاری نمودند و در حدود ۷۷ نظامنامه به خاطر تنظیم مسایل بزرگ دولتی، بهبود امور عدلی، اداره، اقتصاد، سیاست، مسایل مدنی، تجارتی و اجتماعی وضع نمودند. همچنین، موجودیت معاهدات فرهنگی، سیاسی و اقتصادی که با

۹۱. مشاوران ترك نقش مهمی در شکل گیری نظام نامه ها داشتند.

۹۲. رامین مشتاقی (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای تشکیلات و صلاحیت محاکم. مترجم: حسین غلامی، چاپ

اول، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک، ص ۱۹.

تعدادی از کشورها متحابه به امضاء رسید، در نظامنامه های این دوره دیده می شد. علت وجه تسمیه این قوانین به نظامنامه به قول عبدالهادی داوی حساسیت های بود که در آن زمان وجود داشت.

از همین جهت، این قوانین به نظامنامه مسمی گردید و از وجه تسمیه قانون که علمای مذهبی به آن موافق نبودند، اجتناب به عمل آمد. در این دوره، جریده ای به نام «ابلاغ» به روز دوشنبه اول حمل سال ۱۳۰۰ که مدیر مسؤول آن مرزا محمد اکبرخان سرکاتب دارالتحریر شاهی بود به نشرات آغاز کرد. این جریده که بعداً مسؤولیت مدیر مسؤولی آن را سید محمد ایشان بر عهده گرفت، تا سال ۱۳۰۵ هجری شمسی ادامه یافت و به روز های شنبه، دوشنبه و چهار شنبه انتشار می یافت و وظیفه جریده رسمی فعلی را پیش می برد. در آن زمان، نظامنامه ها به زبان های پشتو و دری نشر و غرض آگاهی عامه در شهر های کابل و قندهار به دیوار ها نصب و بر علاوه محتویات آن در اوقات معین روز در مرکز ولایت کابل در جوار مسجد علیای شوربازار و چمن حضوری قرائت می شد. تعداد زیادی از نظامنامه ها در این دوره وضع و نافذ شد.

امیر حبیب الله کلکانی زمانی که به اریکه قدرت رسید، مجلسی به نام هیأت تنظیمیه اسلامی را به ریاست محمد اعظم خان تتمدره ای تشکیل داد و طی فرمانی در سنبله ۱۳۰۸ هـ. ش امر برگذاری انتخابات را برای مجلس محلی انتظامیه اسلامی مرکزی صادر نمود که شش نفر از ولایات و افراد با سواد با داشتن سن سی سالگی و متهم نبودن به جرایم جنایی پیش بینی گردیده بود.

امیر حبیب الله کلکانی تعدادی اصولنامه ها را وضع نمود. مرحوم محمد علم فیض زاد در کتاب سیمینار دهم فردای افغانستان اسلامی نگاشته است: «وقتی که متعلم بوم اصولنامه اساسی او را دیده بوم و در یکی از مواد آن آمده بود: خدمت اجباری عسکری ملغی و به جای آن خدمت عسکری خوش به رضا باشد.

همچنین، امیر فرامین بخاطر عفو باقیات سالهای ماضی صادر کرد، اما همینکه خزانه دولتی تهی گردید، از معافیت آن صرف نظر نمود.» در جریده حبیب الاسلام که در حوت ۱۳۰۷ هـ. ش به مدیریت غلام محی الدین انیس به نشرات آغاز و سپس محمد حسین خان و برهان الدین کشی یکی بعد دیگری، مدیر آن بودند، به انعکاس سیاست حکومت امیر حبیب الله کلکانی فرامین و دستور العمل ها را منتشر می کرد.

در دوره محمد نادرشاه شورای دوره امانیه به شکل انتخابی از ترکیب ۱۱۱ نفر نمایندگان ملت و اعیان مرکب از ۳۸ نفر اعضاء اعلام و در ۱۰ میزان سال ۱۳۱۰ هـ. ش افتتاح گردید. عبدالاحد خان مایار به حیث رئیس شورای ملی و میر عطا محمد حسینی به حیث رئیس مجلس اعیان قرار گرفت. در این دوره علاوه بر اصول اساسی دولت علیه افغانستان که به تصویب لویه جرگه ۱۳۰۹ هـ. ش رسید، اصولنامه های دیگری نیز وضع و نافذ شد. مجله علی الفلاح در ماه جوزای ۱۳۰۹ از طرف ریاست

جمعیت علمای وزارت عدلیه تحت نظر ملا بزرگ صاحب نگاب و به سرمحرری ملا میر غلام چپرهای به نشرات آغاز کرد.

نظام قانونگذاری افغانستان در دوره محمد ظاهر شاه شاهد فعالیت های جدید بود. علاوه بر وضع تعداد زیادی اصولنامه ها، مقررات، اساسنامه ها، عقد معاهدات با کشورهای متحابه نیز صورت گرفت. مجله الفلاح در آن دوره نشر می شد. در سال ۱۳۱۷ مدیر مسؤول آن عبدالکریم گدا، سپس محمد شاه خان، محمد یعقوب خان کمک، سپس محمد اکرم خان عبقری بودند.

مجله حی الفلاح در سال ۱۳۴۳ به «نیاو» تغییر نام داد و محمد یوسف روشنفکر، عبدالواحد وجدانی و سمندر غوریانی یکی بعد دیگر مدیر مسؤول آن بودند. این مجله سپس به نام «قضاء» به نشر رسید که تاکنون به این نام توسط ستره محکمه به نشر می رسد. در این دوره مجله ای به نام «عدل» به امتیاز وزارت عدلیه به نشرات آغاز گرد. اما، نشر این مجله در دوره طالبان متوقف گردید. پس، از سقوط طالبان این مجله دوباره به نام «عدالت» به امتیاز وزارت عدلیه به نشر می رسد.

در دوره محمد ظاهر شاه مدیریت عمومی تقنین به ریاست ارتقاء نمود که مرحوم شفیق رئیس آن بود. کلمه قانون در نظام حقوقی افغانستان برای اولین بار در سومین قانون اساسی افغانستان در سال ۱۳۴۳ هجری شمسی در دوره پادشاهی محمد ظاهرشاه استعمال گردید. ماده ۶۹ قانون اساسی دوره محمد ظاهرشاه در تعریف قانون مشعر بود که: «به استثنای حالاتی که برای آن طرز عمل خاصی در این قانون اساسی تصریح گردیده، قانون عبارت است از مصوبه موافق هر دو جرگه که به توشیح پادشاه رسیده باشد. در ساحه ای که چنین مصوبه موجود نباشد عبارت است از احکام فقه حنفی شریعت اسلام.» قبل از ۱۳۴۳ هـ. ش در دوره سلطنت نادرخان به عوض کلمه قانون اصولنامه و در دوره امیر امان الله خان کلمه نظامنامه به عوض قانون استعمال می گردید. در این دوره نیز علاوه بر قانون اساسی به تعداد ۱۴۵ اصولنامه، قوانین و تعدادی زیادی مقررات، اساسنامه، فرامین تقنینی، موافقت نامه ها، میثاق ها و قراردادهای بین المللی امضاء، وضع و نافذ شد و این روند تا کنون ادامه دارد.^{۹۳}

مبحث سوم) انواع قانون در افغانستان

طبق ماده ۲ فقره ۱ مقرر طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی: «اسناد تقنینی: شامل قانون، فرمان تقنینی، فرمان رئیس جمهور، مقرر، اساسنامه و تعدیل، ضمیمه، ایزاز، حذف، تعلیق یا تعدیل در آنها و مصوبه کابینه است که دارای ماهیت تقنینی باشد». نص این ماده انواع اسناد تقنینی در نظام حقوقی افغانستان را احصاء کرده بود. در این که قانون اعم از اساسی و عادی، فرمان تقنینی، مقرر، اساسنامه اسناد تقنینی اند شکی وجود ندارد. همچنین، تعدیل، ضمیمه ایزاز که ممکن است در قانون، مقرر، اساسنامه صورت پذیرد، پس از طی مراحل قانونی که تفصیل آن خواهد آمد به سند تقنینی تبدیل می

۹۳. عبدالقدیر قیومی (۱۳۸۵). تاریخچه قانونگذاری در افغانستان، مجله عدالت، شماره ۴۴، صص ۱۰۵-۱۲۴؛ و محمد عظیم فارابی (۱۳۸۸). نگاهی به پیشینه قانونگذاری در افغانستان، مجله قضاء (___)، صص ۱۱۴-۱۲۸.

شود. آنچه طبق نص این ماده محل ایراد به نظر می‌رسد این است که لوایح و طرزالعمل‌ها طبق نص این ماده سند تقنینی تلقی نمی‌شوند، در حالی که لوایح و طرزالعمل‌ها طبق رویه عملی اسناد تقنینی اند، زیرا از صفت دوام، داشتن ضمانت اجراء و... که صفات قواعد حقوقی اند برخوردار اند و نمی‌توان نقش و اهمیت لوایح و طرزالعمل‌ها را در نظام حقوقی افغانستان نادیده گرفت.

همچنین، طبق نص این ماده حذف (برخی مواد سند تقنینی) سند تقنینی تلقی می‌شود، در حالی که آنچه حذف شود صرف از نظر تأریخی سند تقنینی است. همچنین، فرمان رئیس جمهور که در این ماده به صورت مطلق تذکر یافته است محل ایراد به نظر می‌رسد. به نظر نمی‌رسد منظور از فرمان رئیس جمهور در این ماده فرمان تقنینی است، زیرا فرمان غیرتقنینی ماهیت هنجاری ندارد و از صفت دوام برخوردار نیست و سند تقنینی محسوب نمی‌شود.

همچنین، عبارت مصوبه کابینه که دارای ماهیت تقنینی باشد در این ماده محل ایراد به نظر می‌رسد، زیرا اسناد تقنینی ای را که کابینه صلاحیت تأیید آنها را دارد عبارت اند از قوانین عادی، فرامین تقنینی، مقررات و اساسنامه‌ها، در حالی که قوانین عادی، فرامین تقنینی، مقررات و اساسنامه‌ها در این ماده به عنوان مصادیق اسناد تقنینی احصاء شده اند.

از آنچه گفته شد، به این نتیجه می‌رسیم که در نظام حقوقی افغانستان به مفهوم عام قوانین به قانون اساسی و قانون عادی، فرامین تقنینی، مقررات، اساسنامه‌ها، لوایح و طرزالعمل‌ها تقسیم می‌شود. با توجه به این دلایل، ماده ۳ جزء ۱ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی در خصوص انواع اسناد تقنینی می‌گوید: «اسناد تقنینی مشتمل است بر قانون اساسی، قانون، فرمان تقنینی، بودجه ملی، اصول و وظایف داخلی مجلسین شورای ملی، مقررہ‌ها، اساسنامه‌ها، طرزالعمل‌ها، لوایح و ضمیمه، معاهدات و موافقتنامه‌های بین‌المللی و سایر اسناد حقوق بین‌الملل که افغانستان به آن ملحق شده است.»

با توجه به آنچه گفته شد، در فصل‌های بعدی قانون اساسی، قانون عادی، فرمان تقنینی، بودجه ملی، اصول و وظایف داخلی مجلسین شورای ملی، مقررہ، اساسنامه، طرزالعمل، لایحه، ضمیمه و معاهده و موافقت‌نامه را مورد بحث قرار می‌دهیم.

فصل دوم: قانون اساسی و قانونگذاری توسط قوه مؤسس

اولین نوع قانون در نظام حقوقی افغانستان قانون اساسی است که به دلیل اهمیت در رأس قوانین قرار دارد. قوانین عادی معمولاً توسط پارلمان تصویب می شود و انفاذ آن غالباً با توشیح رئیس جمهور یا پادشاه اعلام می گردد. اما، وضع قانون اساسی با این سهولت امکان ندارد و در همه کشورها برای وضع و تصویب آن، راه های بسیار پر پیچ و خم طی می شود.^{۹۴}

در این فصل، قانون اساسی (مبحث اول)، شیوه های تدوین و تصویب قانون اساسی (مبحث دوم)، تدوین قانون اساسی در نظام حقوقی افغانستان (مبحث سوم) تعدیل قانون اساسی توسط قوه مؤسس فرعی (مبحث چهارم) و نسخ قانون اساسی (مبحث پنجم) را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول) تعریف قانون اساسی و قوه مؤسس

قانون اساسی برخلاف قانون عادی که توسط شورای ملی تصویب می شود، توسط قوه مؤسس (لویه جرگه) وضع و تصویب می شود. فرق قانون اساسی با قانون عادی از نظر مرجع وضع در همین نکته نهفته است. با توجه به آنچه گفته شد، در این مبحث تعریف قوه مؤسس (گفتار اول) و تعریف قانون اساسی (گفتار دوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

گفتار اول) تعریف قوه مؤسس

با رشد تدوین و تصویب قوانین اساسی در سراسر جهان «قوه مؤسس»^{۹۵} که در قالب «مجلس مؤسسان» تشکیل می شود، نقش مهمی پیدا کرده است. قوه مؤسس برای تدوین و تصویب قانون اساسی ایجاد می شود و یا نقش ابتدایی آن تدوین و تصویب قانون اساسی است. تدوین و تصویب قانون اساسی توسط قوه مؤسس امروزه معمول ترین شیوه تدوین و تصویب قانون اساسی است. برخلاف گذشته، امروزه تدوین و تصویب قانون اساسی به شکلی اعطایی و یا تحمیلی توسط شاه و یا

۹۴. ____ (حوت ۱۳۸۲). قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح، جلد (۱)، کابل: دارالانشای قانون اساسی، ص ۱۴.
95. Constitutional/ constituent assembly.

رئیس جمهور قابل پذیرش نیست.^{۹۶} قوه مؤسس به وضع قواعدی می پردازد که، به موجب آن، قوای تأسیسی (مقننه، مجریه و قضائیه) تشکیل می شود و اعمال قدرت می نماید. همچنین، قوه هایی که صلاحیت تعدیل و تفسیر قانون اساسی را دارند، ناشی از قوه مؤسس است. این قوا که مصادیق آن برحسب نظام های حقوقی امکان دارد متفاوت باشد، به نام قوه مؤسس فرعی و جانشین قوه مؤسس نامیده می شوند:

الف) قوه مؤسس اصلی

چون پس از یک تحول سیاسی- اجتماعی عمده اعم از انقلاب، تشکیل دولت جدید در یک سرزمین، کودتا و غیره وجود یک پیمان سیاسی تازه میان مردم و دولت که بیانگر حقوق و آزادی های ملت و تنظیم کننده تشکیلات و وظایف دولت باشد و نظام حقوقی جدیدی را ایجاد نماید ضرور است، زمامداران امکان دارد با یکی از شیوه هایی که بحث آن در مبحث بعدی خواهد آمد، اقدام به تدوین و تصویب قانون اساسی نمایند.

با تصویب قانون اساسی جدید، نظام حقوقی سابق منسوخ و نظام حقوقی لاحق ایجاد می شود. قواعد وضع شده جدید باید توسط نهاد های تأسیس شده در قانون اساسی و مردم رعایت شود. قوه مؤسس با تعبیه قوه تعدیل و شیوه تعدیل، زمینه تعدیل قانون اساسی را فراهم می نماید تا قوای زاده شده توسط قانون اساسی به خصوص قوه قانونگذاری نتواند همانند یک قانون عادی، قانون اساسی را تعدیل نماید.^{۹۷} لذا، قوه مؤسس که قوه تصویب قانون اساسی است، خارج و قبل از یک دولت ایجاد می شود، نیازی به وجود دولت ندارد، زیرا قوه مؤسس هنگامی که هنوز یک دولت در سرزمین وجود ندارد، دولت را خلق می کند.

در مورد تعریف قوه مؤسس اصلی تقریباً میان اساسی دانان اتفاق نظر وجود دارد که: قوه مؤسس اصلی قوه ای است که به تصویب قانون اساسی می پردازد. به حیث مثال، داکتر عباسی در مورد تعریف قوه مؤسس اصلی می گوید: «قوه مؤسس اصلی قوه ای است که به هنگام تأسیس یک دولت جدید و یا در آستانه یک انقلاب و دگرگونی رژیم سیاسی، ایجاد می شود و مبادرت به تصویب یک قانون اساسی می نماید.»^{۹۸} برخی دیگر نیز می گویند: «قوه مؤسس عبارت از قوه ای است که اعضای آن غرض تدوین و بحث در مورد قانون اساسی برای یک دولت جدید انتخاب می شوند.»^{۹۹} نظریه قوه مؤسس

96 . Yash Ghai (2006). The of Constituent Assemblies in Constitution Making, Insitute for Democracy and Electoral Assistance, p 13.

https://constitutionnet.org/sites/default/files/2017-08/the_role_of_constituent_assemblies_-_final_yg_-_200606.pdf

۹۷. بیژن عباسی (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: جنگل، ص ۶۰.

۹۸. همان، بیژن عباسی صص ۶۲ و ۶۳.

99. Yash Ghai (2006). The of Constituent Assemblies in Constitution Making, Insitute for Democracy and Electoral Assistance, p 1.

برای نخستین بار توسط امانوئل سی یس انقلابی معروف فرانسه، در قالب یک نظریه علمی مطرح شد. به عقیده سی یس قوه مؤسس به ملت تعلق دارد و قوای تأسیس شده توسط قانون اساسی که ناشی از قوه مؤسس است چندگانه و منفک از یکدیگر اند. سی یس خاطر نشان می کند که: «این سه قوه، بدون هیچ تمایزی، ناشی از اراده عمومی هستند و همه چیز منبعث از مردم یا به عبارت دیگر ملت است.»

بنابراین، این سه قوه ناشی از یک قوه برتر و واحد هستند. همچنین، سی یس معتقد است که: «یک قانون اساسی بیش از هر چیز مستلزم وجود یک قوه مؤسس است.» وی می افزاید: «قوه مؤسس، حاکم بر قانون اساسی است، زیرا قانون اساسی محصول کار آن است. قوای تأسیسی ملزم به اجرای قواعد قانون اساسی هستند و حق تعدیل آن را ندارند. برعکس، قوه مؤسس دارای نیروی خودجوش و خلاق است و توان انجام هر کاری را دارد، زیرا قوه مؤسس از قبل ملزم به پیروی از قانون اساسی خاصی نیست.»

ملت در بهره برداری از بزرگ ترین و مهم ترین امتیاز خود باید از هر قید و بند ماهوی و شکلی آزاد باشد و آن گونه که می خواهد به تدوین و تصویب قانون اساسی خود مبادرت ورزد. در واقع مجموعه نظریه های سی یس در باره قوه مؤسس با نظرات او در باره حاکمیت ملی و سیستم نمایندگی ارتباط دارد. از نظر او، این ملت است که حق خلق قانون اساسی را دارد و هیچ چیزی بالاتر از ملت حاکم نیست. سی یس معتقد به حاکمیت ملت و به تبع آن تعلق قوه مؤسس به ملت است.^{۱۰۰}

از آنچه گفته شد، به خوبی نتیجه گرفته می شود که: براساس نظریه حاکمیت مردم قوه مؤسس ناشی از اراده مردم است. محصول و نتیجه کار قوه مؤسس قانون اساسی است. قوای تأسیسی (مقتنه، مجریه و قضائیه)، قوه مؤسس فرعی و قوه مؤسس جانشین و حقوق و آزادی های اساسی اتباع برآمده از قانون اساسی است.

ب) قوه مؤسس فرعی

قوه مؤسس فرعی عبارت از قوه ای است که وظیفه آن تعدیل برخی قواعد قانون اساسی است. به این قوه، قوه بازنگری قانون اساسی نیز می گویند. مصداق بارز این قوه در نظم حقوقی افغانستان، لویه جرگه تعدیل قانون اساسی است.

ج) جانشین قوه مؤسس

جانشین قوه مؤسس عبارت از نهادی است که صلاحیت تفسیر قانون اساسی را دارد و به عوض قوه مؤسس به صیانت از قانون اساسی در برابر پارلمان می پردازد. مصادیق این قوه در نظام های حقوقی متفاوت است. به حیث مثال، این قوه در حقوق فرانسه به نام شورای قانون اساسی، در حقوق آلمان به نام

محکمه قانون اساسی و در حقوق ایالات متحده امریکا دیوان عالی نامیده می شود. مصادیق قوه جانشین مؤسس در نظام حقوقی افغانستان ستره محکمه و کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی است.

گفتار دوم) قانون اساسی

به نظر می رسد اصطلاح قانون اساسی برای اولین بار در مفهوم امروری آن با تصویب قانون اساسی امریکا در ۱۷ سپتمبر ۱۷۸۷ میلادی وارد ادبیات حقوق به ویژه حقوق اساسی گردیده است. به نظر می رسد قانون اساسی ترجمه واژه «Constitution» انگلیسی است که «اساس»، «نظامنامه»، «بنیه»، «ساختمان»، «تشکیل» و «تأسیس» ترجمه های دقیق آن است.^{۱۰۱} «Constitution» از ریشه واژه «Constitute» گرفته شده است که در لغت به معنی تشکیل دادن، تأسیس کردن، ترکیب کردن، بنیاد نهادن و بنا کردن است. به نهادی که صلاحیت تصویب قانون اساسی را دارد «Constituent» می گویند که در لغت به معنی «سازنده»، «سازا» و «تشکیل دهنده» است. از همین جهت به مجلس مؤسسان یا قوه مؤسس «Constituent assembly» می گویند.^{۱۰۲}

با توجه به معنی لغوی «Constitution» در دوره مشروطیت ایران برخی نویسندگان از قانون اساسی به نام «اساس» یاد می نمودند. در جمهوری تاجکستان قانون اساسی را به نام «سرقانون» یاد می نمایند. در جمهوری فدرال آلمان قانون اساسی را به نام «قانون بنیادی» (Basic law) یاد می نمایند. در عربی به قانون اساسی، دستور می گویند. در نتیجه، معنی دقیق و صحیح قانون اساسی، اساس و بنیاد است.

از همین جهت، در لسان انگلیسی میان قانون و قانون اساسی تفکیک قابل می شوند و می گویند: «What does the constitution say?» یعنی: «اساس یا بنیاد در این مورد چه حکم می نماید؟» و «What does the law say?» یعنی: «قانون در این مورد چه حکم می نماید». در نظام حقوقی افغانستان در سال ۱۳۰۱ به قانون اساسی «نظامنامه اساسی دولت علیه افغانستان»، در سال ۱۳۱۰ «اصولنامه اساسی دولت علیه افغانستان» می گفتند. اصطلاح قانون اساسی، برای اولین بار در سال ۱۳۴۳ با تصویب و انفاذ سومین قانون اساسی افغانستان مصطلح شد.

برای تعریف قانون اساسی دو معیار وجود دارد و حقوقدانان به تبعیت از یکی از این دو معیار به تعریف قانون اساسی پرداخته اند. این دو معیار یکی معیار شکلی و دیگری معیار ماهوی و مادی.

۱۰۱. در این مورد نک به:

<http://translate.google.com> (Last visit, 24 February, 2012).

- قاضی شریعت پناهی، سید ابوالفضل (۱۳۸۳). گفتارهایی در حقوق عمومی، چاپ یازدهم، تهران: نشر میزان، ص ۷۶.
۱۰۲. در مورد معنی لغوی «Constitute» و مشتقات آن نک:

<http://translate.google.com> (Last visit, 24 February, 2012).

در معیار شکلی دو چیز مورد نظر است یکی شکل و نمود خارجی و ظاهری قانون اساسی یعنی آن چه به عنوان یک وثیقه یا سند رسمی به عنوان یک دفتر یا یک کتاب به نام قانون اساسی یاد می شود. دوم مقام صلاحیت دار واضع و تصویب کننده ای آن . اما در معیار ماهوی یا مادی شکل و صورت این وثیقه و همچنین مقام تصویب کننده ای آن اصلاً مورد نظر نیست بلکه روح و محتوای قواعد و احکام ملاک قانون اساسی است. به نظر می رسد قانون اساسی را می توان براساس معیار محتوایی و شکلی نیز تعریف کرد. تعریف قانون اساسی را مطابق هر یک از این سه معیار به طور جداگانه مورد بررسی قرار می دهیم:

الف) قانون اساسی براساس معیار ماهوی

این معیار صرفاً بر جوهر و ماهیت قاعده توجه دارد و به شکل و صورت قاعده یا منشأ وضع آن نگاه نمی کند. داکتر قاضی با توجه به این که در نظام حقوقی انگلستان قانون اساسی مدون وجود ندارد، قانون اساسی را به گونه ای که هم شامل قانون اساسی مدون شود و هم قانون اساسی غیر مدون چنین بیان می نماید: اگر قانون اساسی را به مفهوم تعمیم یافته و کلی آن به عنوان بنیان و انسجام و استخوان بندی دولت - کشور بگیریم و کلیه قواعدی را که به صورت قانون یا مقررات یا عرف یا رسم و عادت در ارتباط به دولت و سیاست در جامعه ای وجود داشته باشد، از مقوله قانون اساسی پنداریم، یعنی بیشتر به محتوای قواعد توجه کنیم تا به شکل آن، مفهوم مادی قانون اساسی را بیان کرده ایم.

با این تعبیر، در همه جوامع تکامل یافته که مراحل آغازین تحول خود را پشت سر گذارده و به درجه بلوغ و انسجام کشوری رسیده باشند، قانون اساسی به مفهوم مادی آن وجود دارد. حال چه متن مصوبی، زیر عنوان قانون اساسی باشد، یا اینکه مقررات و قوانین پراکنده ای، به صورت عادی یا عرفی، مفهوم قانون اساسی را القاء می کند.^{۱۰۳}

با توجه به این تعریف باید میان قانون اساسی مدون و غیر مدون قایل به تفصیل شد و قانون اساسی مدون و غیر مدون را جداگانه تعریف کرد. داکتر طباطبایی در تعریف قانون اساسی غیر مدون از نظر ماهوی، می گوید که: قانون اساسی عرفی عبارت از قانون اساسی است که مبتنی بر یک سلسله عادات و رسوم سیاسی است.^{۱۰۴}

به عبارت وسیع تر: قانون اساسی وقتی عرفی است که ساختار سیاسی کشور مبتنی بر عرف و عادات و سنت ها باشد و نمونه قانون اساسی عرفی، قانون اساسی انگلستان است که از عرف و عادات و سنت

۱۰۳ . سید ابو الفضل قاضی شریعت پناهی (۱۳۸۳). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ یازدهم، تهران: نشر میزان، ص ۱۰۳.

۱۰۴ . منوچهر طباطبایی مؤتمنی (۱۳۸۰). حقوق اساسی، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۱۷۱.

ها تشکیل شده است. در این کشور، عرف بر قانون غلبه دارد و تکلیف اکثر امور به موجب عرف و عادات معین شده است.^{۱۰۵}

داکتر قاضی نیز در مورد تعریف و مصداق قانون اساسی عرفی می نویسد که: در برابر قوانین اساسی نوشته (مدون) با قوانین اساسی عرفی بر می خوریم. البته، قوانین اساسی عرفی نیز بر مجموعه قواعدی که مربوط به انتقال و اجرای قدرت باشد، اطلاق می شود. ولی، این قواعد در متن مدونی گرد نیامده اند، بلکه در قوانین عادی، عرف، آداب و رسوم، به طور پراکنده یافت می شوند و به طور کلی استخوان بندی سیاسی کشور را مشخص می سازند. در حال حاضر، جز مورد قانون اساسی انگلستان، نمی توان مثال مهمی در این باب ارایه کرد.^{۱۰۶}

اما برخی از نویسندگان^{۱۰۷} معتقد اند که قانون اساسی مدون از نظر ماهوی به قانونی گفته می شود که قدرت پارلمان، حکومت، محاکم و سایر نهادهای ملی را معین می نماید. تقریباً همه ممالک در جهان دارای قانون اساسی این چنینی هستند. برخی از قوانین اساسی حاوی حقوق و آزادی های اساسی مانند: حق آزادی بیان و حق محاکمه عادلانه است که محدودیت های بر قدرت قوه مقننه و اجراییه تحمیل می نماید.

تعریف فوق ناقص به نظر می رسد و تعریف کلاسیکی از قانون اساسی است، زیرا صرف به تنظیم قوا و حقوق و آزادی های اتباع پرداخته است و مربوط به گذشته است. به حیث مثال، قانون اساسی امریکا که قدیمی ترین قانون اساسی مدون در جهان است دارای ۷ ماده است و در طول ۲۰۰ سال اخیر ۲۷ بار تعدیل شده است.^{۱۰۸} اما، قانون اساسی هند طویل ترین و مفصل ترین قانون اساسی مدون است.

در ابتداء، این قانون اساسی دارای ۳۹۵ ماده بود که در ۲۲ بخش تنظیم شده بود. امروزه، بعد از تعدیلات متعدد، این قانون اساسی دارای ۴۴۱ ماده است که احتمالاً بزرگترین قانون اساسی دنیا تلقی می شود. طویل و مفصل بودن قانون اساسی هند دلایل متعدد دارد: اولاً: قانون اساسی هند نه تنها تشکیلات دولت مرکزی بلکه دولت را تنظیم می نماید؛ ثانیاً: در قانون اساسی هند اکثر عرف های اساسی انگلستان مدون شده است، مانند: مسؤولیت جمعی وزراء، پروسه های اجراء در پارلمان و امثال اینها؛ ثالثاً: در هندوستان گروه و اقشار مختلف مردم زندگی می کنند و به منظور از بین بردن بی اعتمادی میان آنها، ضرورت احساس گردید تا مواد مفصل راجع به آزادی های اساسی، حمایت اقلیت

۱۰۵. همان، منوچهر طباطبایی مؤتمنی، ص ۱۷۴.

۱۰۶. سید ابو الفضل قاضی شریعت پناهی (۱۳۸۳). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ یازدهم، تهران: نشر میزان، ص ۱۱۰.

107. Eric Barendt (1998). An Introduction to Constitutional Law, first edi, London: Exford University, p1.

108. Ibid, Eric Barendt , p 9.

ها و طبقات عقب مانده اجتماعی پیش بینی شود؛ رابعاً: برای اینکه مطمئن شد که آینده دولت هند مبتنی بر دولت رفاه باشد، قانون اساسی حاوی اصول رهنمونی راجع به پالیسی دولت است؛ و بالاخره قانون اساسی هند نه تنها حاوی اصول اساسی حکومتداری، بلکه حاوی احکام جزئی در باره تابعیت، لسان رسمی، خدمات دولتی، دستگاه انتخاباتی و غیره است. سایر قوانین اساسی، این مسائل را معمولاً به قوانین عادی راجع می نمایند. نویسندگان قانون اساسی هند به این عقیده بودند که در صورت عدم تصریح این احکام در قانون اساسی هند، نقش مؤثر قانون اساسی و روند دموکراتیک در مملکت در مخاطره خواهد افتاد.^{۱۰۹}

بنابراین، باتوجه به اینکه امروزه قوانین اساسی صرف به تنظیم وظایف قوای سه گانه و حقوق و آزادی های اساسی اتباع نمی پردازد و سایر مسایل را که در نظر قوه مؤسس با اهمیت به نظر می رسد، تحت پوشش قرار می دهد، به نظر می رسد قانون اساسی مدون عبارت از سندی است که نه تنها حاوی احکام در مورد قوای سه گانه و حقوق و آزادی های اساسی، بلکه حاوی احکامی در مورد اصول و مبانی دولت می باشد.

این مثال، در مورد قانون اساسی افغانستان صادق است. بنابراین، از نظر محتوایی قانون اساسی مجموعه قواعد برتر است که شکل دولت، تشکیلات دولت، مبانی دولت، اصول حاکم بر دولت و وظایف دولت و حقوق و جایب اساسی اتباع را تنظیم می نماید.

ب) قانون اساسی براساس معیار شکلی

داکتر قاضی قانون اساسی را بر اساس معیار شکلی چنین تعریف کرده است: قانون اساسی به یک سلسله اصول و قواعد مدون و مرتبی گفته می شود که زیر لوای یک متن رسمی و تشریفاتی به وسیله ای مقامات صلاحیت دار به تصویب رسیده باشد و بر افراد و تشکیلات سیاسی و متصدیان امور و همچنین بر قوانین عادی، به عنوان «قانون برتر» حکم براند.^{۱۱۰} در این تعریف، به ماهیت قانون اساسی توجه نشده است، بلکه به نمود خارجی قانون اساسی توجه شده است.

آقای توماس پین^{۱۱۱} در تعریف قانون اساسی به مفهوم شکلی می گوید: قانون اساسی مجموعه قواعدی است که دولت را ایجاد می نماید. قانون اساسی عمل دولت نه، بلکه عمل مردم است که دولت را تشکیل می دهند و دولت بدون قانون اساسی قدرت ناهق است. قانون اساسی امری است که قبل از دولت وجود دارد و دولت مخلوق قانون اساسی است.

109. Jian, M P (2008). Indian Constitutional Law, 5th edi, New Delhi: Wadha Naqpur, p 10.

۱۱۰. سید ابوالفضل قاضی شریعت پناهی (۱۳۸۳). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ یازدهم، تهران: نشر میزان، ص ۱۰۳.

111. Thomas Paine.

از این تعریف به خوبی استنباط می‌گردد که قانون اساسی امری است که قبل از دولت وجود دارد و به دولت مشروعیت می‌بخشد و حدود قدرت دولت را معین می‌نماید. پس، قانون اساسی بر قدرت دولت و طرز اعمال قدرت توسط دولت محدودیت وضع می‌نماید. در نتیجه، قانون اساسی مشروعیت قدرت را معین می‌نماید.^{۱۱۲}

در این تعریف نیز، نگاه به مقام صلاحیت دار برای وضع و تصویب قانون اساسی است. در واقع، قانون اساسی زائیده و محصول اراده قوه مؤسس است. تعریفی که با توجه به معیار شکلی به قانون اساسی در نظام حقوقی افغانستان می‌توان ارایه کرد این است که: قانون اساسی مجموعه قواعدی است که با شکلیات خاص توسط لویه جرگه تصویب و توسط رئیس جمهور توشیح می‌شود.

ج) تعریف قانون اساسی بر اساس معیار ماهوی و شکلی

با توجه به تعریف ماهوی و شکلی قانون اساسی، به نظر می‌رسد قانون اساسی در نظام حقوقی افغانستان مجموعه قواعد حقوقی برتر است که شکل دولت، تشکیلات دولت، مبانی دولت، اصول حاکم بر دولت و وظایف دولت و حقوق و جایب اساسی اتباع را تنظیم می‌نماید و به تصویب لویه جرگه و توشیح رئیس جمهور رسیده است.

مبحث دوم) شیوه های وضع قانون اساسی به طور عام

ضرورت وضع قانون اساسی اغلب در شرایط خلا حقوقی پس از انقلاب، کودتا یا تشکیل دولت جدید که در اثر آن نهادهای پیشین واژگون می‌شوند، ظاهر می‌گردد.^{۱۱۳} تاریخ سیاسی جوامع نشان می‌دهد که قوانین اساسی، عموماً در سه مورد زیر پا به عرصه هستی می‌نهند:

۱) در اثر تحول تدریجی جامعه و ایجاد شرایط مساعد ذهنی و عینی در میان فرمان روایان و مردم. قاعدتاً، در این صورت، فرمان روایان به منظور حفظ و تداوم مقام خود از رهگذر ساز و کار (میکانیسم) خود محدودیتی، به نوعی قانون اساسی یا دستور نامه، زیر عنوان منشور و فرمان گردن نهاده اند. مثلاً در بریتانیا، پادشاه با صدور منشور کبیر^{۱۱۴} در سال ۱۲۱۵، پایه نخستین قانون اساسی را زیر فشار شرایط سیاسی و اجتماعی می‌گذارد.

۲) متعاقب ایجاد دولت های جدید و لزوم ساخت بندی متناسب آن. ایالات متحده امریکا، پس از استقلال خود در سال ۱۷۸۷، یا ممالکی نظیر یوگسلاوی و چکسلواکی بعد از جنگ جهانی اول (۱۹۱۴-۱۹۱۹)، هند و پاکستان به دنبال جدا شدن خود از انگلستان از جمله کشور های جدید التاسیسی هستند که به قانون اساسی خود رسیدند.

112 . Hillaire Barnette (2002). Constitutional and Administrative Law, 4th edi, London Sydney: Cavendish Publishing, p 7.

۱۱۳. بیژن عباسی (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: جنگل، ص ۷۱.

114. Magna Charta.

۳) به دنبال کودتاها و انقلابها یا تحول سریع که منجر به در هم شکسته شدن رژیم موجود در یک کشور می‌گردد. قانون اساسی ۱۷۹۱ به دنبال انقلاب فرانسه، قانون اساسی ۱۹۱۸ و ۱۹۲۴ شوروی (سابق) بعد از انقلاب اکتوبر ۱۹۱۷، قانون اساسی ۱۲۸۵ و متمم آن در ۱۲۸۶ بعد از انقلاب مشروطیت ایران و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۵۸، از این گونه موارد به شمار می‌روند.^{۱۱۵} در چنین حالات، با توجه به مردم سالار و غیرمردم سالار بودن جامعه، تدوین و تصویب قانون اساسی به دو شیوه تقسیم می‌شود: شیوه مردم سالار (گفتار اول) و شیوه غیرمردم سالار (گفتار دوم):

گفتار اول) شیوه های مردم سالار

امروزه، حق وضع قانون اساسی را متعلق به ملت می‌دانند. مردم حق تدوین، تصویب و بازنگری در قانون اساسی را به طور غیرمستقیم توسط نمایندگان خویش یا مستقیم از طریق همه پرسای دارند. بنابراین، در شیوه مردم سالار دو گونه قانون اساسی تدوین و تصویب می‌شود: از طریق مجلس مؤسسان (۱) و همه پرسای (۲):

۱) مجلس مؤسسان: هرگاه، حاکمیت از آن ملت باشد، قانون اساسی نیز توسط مجلس مؤسسان منتخب مردم تدوین و تصویب می‌شود. این شیوه یکی از شیوه های دموکراتیک است زیرا نخست نمایندگان این مجلس، توسط مردم انتخاب می‌شوند و دوم سبب مذاکره و مباحثه ای جدی و علنی درباره مواد قانون اساسی در این مجلس می‌گردند.^{۱۱۶}

در برخی حالات، قوه مؤسس تنها مأموریت تدوین و یا تصویب قانون اساسی را دارد و صلاحیت دیگری را دارا نیست. دوره مأموریت نمایندگان این مجلس منتخب مردم محدود به انجام همین امر است. بنابراین، این مجلس وظایف قوه مقننه را انجام نمی‌دهد و هنگام انجام وظیفه خود در امور عادی مربوط به ملت دخالتی نمی‌کند.^{۱۱۷}

در باره نمونه عملی این گونه از مجالس می‌توان از کنوانسیون یا مجلس مؤسسان فیلادلفیا نام برد که قانون اساسی ایالات متحده آمریکا را در سال ۱۷۸۶، مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (مجلس خبرگان) که قانون اساسی ۱۳۵۸ را تدوین کرد نام برد. برعکس، در برخی موارد، مجلس صلاحیت قوه مؤسس و قوه مقننه را در خود جمع می‌کند.

۱۱۵. نک: سید ابوالفضل قاضی شریعت پناهی (۱۳۸۳). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ یازدهم، تهران: نشر میزان، ص ۱۰۶.

۱۱۶. بیژن عباسی (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: جنگل، ص ۸۰.

117. Yash Ghai (2006). The of Constituent Assemblies in Constitution Making, Insitute for Democracy and Electoral Assistance, p 19.

https://constitutionnet.org/sites/default/files/2017-08/the_role_of_constituent_assemblies_-_final_yg_-_200606.pdf

این روش که رایج تر از روش پیشین است نه تنها وظیفه تدوین قانون اساسی را به مجلس واگذار می کند، بلکه همزمان حق تصویب قوانین عادی و نظارت بر قوه مجریه را نیز به او می دهد. درست است که در قانونگذاری اساسی فرانسه، بیشتر، مجلس مؤسسان گونه دوم دیده است، مانند: مجلس قانونگذاری و مؤسسان سال ۱۷۸۹ و کنوانسیون سال ۱۷۹۲. قوانین اساسی جمهوری خواه فرانسه نیز برای تدوین و تصویب قانون اساسی به این روش متوسل گردیده اند، مانند: مجالس قانونگذاری و مؤسسان سال ۱۸۴۸ (جمهوری دوم) و سال ۱۸۷۱ (جمهوری سوم) و یا مجالس مؤسسان سال های ۱۹۴۵ و ۱۹۴۶ (جمهوری چهارم). استفاده از این روش در کشورهای تازه رسته از رژیم های خودکامه اروپا نیز دیده شده است، مانند: یونان، پرتغال و اسپانیا.^{۱۱۸}

این مثال ها در هند، پاکستان، عراق و افریقای جنوبی نیز مشاهده شده است.^{۱۱۹} این روش تمرکز قوه مؤسس و قوه مقننه در دست یک مجلس، به جهات زیر مورد نقد قرار گرفته است: نخست به دلیل تفاوت هنجار های اساسی و هنجار های عادی، زیرا مجلسی که درگیر وظیفه قانونگذاری عادی در مسایل روزمره ملت و پاسخگویی به نیازهای مستمر و متحول جامعه است، خود غرق در این کارهای روزانه می باشد و جمع اختیارات قانونگذاری و تأسیسی و تعمق در تدوین هنجار های اساسی را که برترین سطح اعمال حاکمیت هستند و موجب تأسیس نظام های نوین سیاسی می شوند را با تأمل در مسایل روزمره آمیخته خواهد کرد؛ و دوم این که سبب کندی امر تدوین و یا تصویب قانون اساسی خواهد گردید.

۲) همه پرسی: در شیوه وضع قانون اساسی از طریق همه پرسی،^{۱۲۰} ملت به طور مستقیم به وضع قانون اساسی می پردازد که این امر یکی از مظاهر و مصادیق دموکراسی است. در این روش، پیش نویس قانون اساسی، توسط یک کمیسیون تخصصی تهیه می شود و سپس به آرای عمومی گذاشته می شود و پس از موافقت ملت، بدون این که به موافقت زمامدار و حکومت نیاز باشد، نافذ می شود.^{۱۲۱}

گفتار دوم) شیوه های غیر مردم سالار وضع قانون اساسی

در جوامع غیر مردم سالار، تدوین و تصویب قانون اساسی ناشی از تصمیم شخصی فرد و معمولاً رئیس کشور یا گروهی از اشخاص است. به سخن دیگر: در چنین جوامعی متصدی قوه مؤسس رئیس مملکت، پادشاه، دیکتاتور یا گروهی از افراد هستند که قدرت را در جامعه در دست دارند. این افراد بنا بر

۱۱۸. بیژن عباسی (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: جنگل، صص ۸۰-۸۲.

119. Yash Ghai (2006). The of Constituent Assemblies in Constitution Making, Institute for Democracy and Electoral Assistance, p 19.

https://constitutionnet.org/sites/default/files/2017-08/the_role_of_constituent_assemblies_-_final_yg_-_200606.pdf

120. Referendum.

۱۲۱. سرور دانش (۱۳۸۹). حقوق اساسی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات دانشگاه ابن سینا، ص ۵۶.

میل خود مبادرت به تدوین و تصویب قانون اساسی می‌کنند.^{۱۲۲} تدوین و تصویب قانون اساسی به این شیوه از طریق روش اعطایی (۱) و روش قراردادی (۲) صورت می‌گیرد:

(۱) روش اعطایی: در روش اعطایی رئیس دولت در وضع قانون به طور مستقلاً عمل می‌کند و اراده ملت را به هیچ شکلی در فرایند وضع و تصویب قانون اساسی دخالت نمی‌دهد. زیرا، مطمئن است که صاحب اصلی حاکمیت شخص او است و بنابراین با گذشت و تنازل از برخی صلاحیت‌های خود، قانون اساسی را به شکل میثاق یا منشور و به عنوان یک امتیاز و عطیه به ملت اعطاء می‌کند و خود را به قبول رضایت ملت مکلف نمی‌نماید.

از جمله قوانین اساسی که به شکل «اعطایی» وضع شده‌اند می‌توان از قانون اساسی فرانسه در سال ۱۸۱۴، قانون اساسی جاپان در سال ۱۸۸۹، قانون اساسی ایتالیا در سال ۱۸۴۸، قانون اساسی مصر در سال ۱۹۲۳ و قانون اساسی اتیوپی در سال ۱۹۳۱ نام برد.^{۱۲۳}

(۲) روش قراردادی: در روش «قراردادی» وضع قانون اساسی با توافق دو جانبه زمامدار و ملت صورت می‌گیرد. به عبارت دیگر: «قوة مؤسس واضع قانون اساسی» در این روش فرمان روا و ملت باهم است. این روش بیانگر حالت میانه یا مرحله انتقالی است؛ یعنی: دولت از استبداد به مشروطیت انتقال پیدا می‌کند و اراده مردم هم در کنار اراده زمامدار تجلی می‌یابد و از نظر عملی هم اجرای این روش به این ترتیب است که نمایندگان ملت به عنوان «مجلس مؤسسان» یا «جمعیت مؤسسان» و یا «خبرگان ملت» یا هر نام و عنوان دیگر، پیش نویس قانون اساسی را تهیه و مورد بررسی قرار می‌دهد و پس از تصویب، آن را به فرمان روا عرضه می‌دارد و وی آن را توشیح و انفاذ می‌نماید و در این صورت است که دو اراده تلاقی یافته و قانون اساسی وضع می‌شود.

از نمونه‌های عملی قوانین اساسی قراردادی می‌توان از قانون اساسی فرانسه در سال ۱۸۳۰، قانون اساسی عراق در سال ۱۹۲۵، قانون اساسی کویت در سال ۱۹۶۲ نام برد که همه آنها از طرف مجلس مؤسسان تصویب و از طرف فرمانروا توشیح و تنفیذ شده‌اند.^{۱۲۴}

مبحث سوم) قانونگذاری اساسی در افغانستان

در طول بیشتر از نود سال دستورگرایی^{۱۲۵} در نظام حقوقی افغانستان هفت قانون اساسی به شیوه غیرمردم سالار توسط زمامداران تدوین و توشیح شده‌اند. همه این قوانین مراحل: تسوید (گفتار اول)، تصویب (گفتار دوم)، انفاذ و توشیح (گفتار سوم) را سپری نموده‌اند:

گفتار اول) تسوید

۱۲۲. بیژن عباسی (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: جنگل، ص ۷۲.

۱۲۳. سرور دانش (۱۳۸۹). حقوق اساسی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات دانشگاه ابن سینا، ص ۵۴.

۱۲۴. _____ (حوت ۱۳۸۲). قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح، جلد (۱)، کابل: دارالانشای قانون اساسی، صص ۱۴-۱۶.

مرحله اول هنجار گذاری اعم از اینکه هنجار قانون اساسی، عادی یا اجرایی باشد، تسوید^{۱۲۶} است. تسوید از ریشه «سود» گرفته شده است که در لغت به معنی سیاه کردن کاغذ و نوشتن است.^{۱۲۷} همچنین، تسوید به معنی مسوده و پیش نویس کردن است.^{۱۲۸} به تسوید کننده مسود گویند که به معنی نویسنده و سیاه کننده است.^{۱۲۹} به آنچه که نوشته شده و بعداً اصلاح و پاکنویس شود، مسوده گویند.^{۱۳۰} تسوید قوانین اساسی افغانستان غالباً توسط کمیسیون های تسوید قانون اساسی صورت گرفته است. به حیث مثال، در سال ۱۳۴۳ هجری شمسی کمیته هفت نفری به ریاست سید شمس الدین مجروح وزیر عدلیه وقت موظف به تهیه پیش نویس قانون اساسی شد و این کمیته در مدت یک سال پیش نویس قانون اساسی ۱۳۴۳ هجری شمسی را تهیه نمود. پس از تهیه پیش نویس، «کمیسیون قانون اساسی» مرکب از ۲۸ نفر مأمور شد که مجدداً آن را مورد بررسی قرار دهد. این کمیسیون پیش نویس را مورد بررسی مجدد قرار داد.^{۱۳۱}

قانون اساسی رژیم سردار محمد داود خان نیز توسط هیئت مرکب از ۴۱ نفر تدوین شد که کار تدوین آن در تاریخ ۲۶ حوت ۱۳۵۴ هجری شمسی تکمیل شد.^{۱۳۲} طرح هشتمین قانون اساسی افغانستان که هرگز به تصویب نرسید، در ماه میزان ۱۳۷۲ هجری شمسی توسط یک کمیسیون مرکب از حدود ۵۰ نفر از افراد انتصابی دولت تدوین شد.^{۱۳۳}

به منظور تسوید قانون اساسی ۱۳۸۲، رئیس جمهور توسط فرمان غیر تقنینی کمیسیون تسوید قانون اساسی را به تاریخ ۱۳/۷/۱۳ هجری شمسی تشکیل داد. بر اساس این فرمان، پوهاند نعمت الله شهرانی به حیث رئیس، پوهاند دوکتور محمد قاسم فاضلی، پوهاند عبدالسلام عظیمی، دوکتور محمد رحیم شیرزوی، سرور دانش، محمد موسی اشعری، محمد موسی معروفی آصفه کاکر و قاضی مکرمه به حیث اعضای کمیسیون موظف شدند کار تسوید قانون اساسی افغانستان را به عهده بگیرند.^{۱۳۴}

گفتار دوم) تصویب

در نظام حقوقی افغانستان، پس از تکمیل مرحله تسوید، مسوده قانون اساسی غالباً به لویه جرگه غرض تصویب ارايه گردیده است. لویه جرگه مرکب از دو کلمه پشتو و به قول برخی نویسندگان ترکی

126. Drafting.

۱۲۷. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۰۸۹.

۱۲۸. محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۶۸۴.

۱۲۹. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۰۸۹.

۱۳۰. همان، حسن عمید، ص ۱۰۸۹.

۱۳۱. ____ (حوت ۱۳۸۲). قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح، جلد (۱)، کابل: دارالانشای قانون اساسی، صص ۴۳ و ۴۴.

۱۳۲. نک: همان، ____ صص ۲۷ و ۲۸.

۱۳۳. نک: همان، ____ صص ۲۷ و ۲۸.

۱۳۴. برای مطالعه مفصل در این مورد ر. ک: همان، صص ۲۲-۲۹؛ و سرور دانش (۱۳۸۹). حقوق اساسی افغانستان، چاپ اول،

کابل: انتشارات دانشگاه ابن سینا، صص ۶۱-۶۴.

است. لویه به معنی بزرگ است. در مورد کلمه «جرگه» برخی نویسندگان بر این نظر اند که: این کلمه در اصل، منشأ ترکی دارد و به مفهوم صف، حلقه، دسته، گروه، گرد آمدن عده ای از مردم و محاصره شکار توسط سپاهیان و شکارچیان است.^{۱۳۵} اکثریت نویسندگان در افغانستان بر این نظر اند که: لویه جرگه یک پدیده خاص افغانی است و مثال آن در کشور های دیگر دیده نشده است.^{۱۳۶}

درست است که لویه جرگه ها را افغان ها از نظام های دیگر نقل و انتقال نداده اند، اما این عقیده که مثال لویه جرگه در سایر ممالک وجود ندارد، محل ایراد است، زیرا تأریخ لویه جرگه ها و حقوق اساسی ثابت می نماید که لویه جرگه در افغانستان مقام صلاحیت دار تصویب و تعدیل قانون اساسی است. بنابراین، لویه جرگه قوه ای مؤسس اصلی و فرعی است.

در گذشته ها در تعیین اعضای لویه جرگه هیچ نوع ضابطه و معیاری رعایت نمی شد و غالباً افرادی از سران قبایل و متنفذین و اعضای دولت به عضویت لویه جرگه ها انتخاب می شدند و این وضعیت به طور طبیعی لویه جرگه را در سطح بسیار پایین تنزل می داد و زمینه سوء استفاده از آن را برای سلاطین فراهم می نمود.^{۱۳۷}

جهت رفع این نقایص و منصوصه کردن احکام مربوط به لویه جرگه، از سال ۱۳۴۳ به این طرف، در همه قوانین اساسی افغانستان احکام معین برای لویه جرگه پیش بینی شده است، مانند: فصل پنجم، مواد ۷۸-۸۴ در قانون اساسی ۱۳۴۳، فصل ششم مواد ۶۵-۷۴ در قانون اساسی ۱۳۵۵، فصل سوم در اصول اساسی جمهوری دموکراتیک و فصل چهارم قانون اساسی ۱۳۶۶. بنابراین، لویه جرگه از حالت سنتی برآمده است.

این نظر را مشوره حقوقی کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی نیز تأیید می نماید، زیرا این کمیسیون در مشوره حقوقی شماره ۳۱ مؤرخ ۲۲/۸/۱۳۹۰ در مورد لویه جرگه چنین ابراز نظر نموده است: «[...] در قانون اساسی لویه جرگه به رسمیت شناخته شده است و طبعاً طرز تشکیل و صلاحیت آن نیز مشخص شده است. در واقع، با تعریف لویه جرگه و طرز تشکیل آن در ماده ۱۱۰ و تعیین صلاحیت های آن در ماده ۱۱۱ قانون اساسی، لویه جرگه از حالت عنعنوی برآمده و به یک نهاد منتخب تبدیل شده است که اصل قانونی بودن نظام نیز چنین اقتضاء دارد [...]».^{۱۳۸}

در قانون اساسی ۱۳۸۲ نیز مانند اکثر قوانین اساسی افغانستان، ضابطه ای دموکراتیک برای عضویت در لویه جرگه، پیش بینی شده است. مطابق ماده ۱۱۰ قانون اساسی لاحق افغانستان لویه جرگه متشکل از اعضای شورای ملی و رؤسای شوراهای ولایات و ولسوالی ها می باشد. وزراء، رئیس و اعضای ستره

۱۳۵ . جهت مطالعه بیشتر در مورد معنی لغوی جرگه نک: دین محمد جاوید و اسدالله ولوالجی (۱۳۸۱). لویه جرگه اضطراری، جلد (۱)، صص ۷-۹.

۱۳۶ . همان، دین محمد جاوید و اسدالله ولوالجی، جلد (۱)، ص ۱.

۱۳۷ . همان، دین محمد جاوید و اسدالله ولوالجی، جلد (۱)، صص ۶۶ و ۶۷.

۱۳۸ . نقل از: — (۱/۴/۱۳۹۰-۲۹-۱۳۹۰)، سالنامه کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، صص ۲۳ و ۲۴.

محکمه و دادستان کل (لوی څارنوال) می توانند بدون حق رأی در جلسات لویه جرگه اشتراک ورزند. بنابراین، فقط نمایندگان و سناتور های شورای ملی و رؤسای شوراهای ولایتی و ولسوالی ها که به جز یک ثلث مشرانو جرگه همه انتخابی اند صلاحیت رأی دادن در لویه جرگه را دارند. این امر، اقدامی جالبی دیگری در جهت دموکراتیک و حقانی کردن لویه جرگه و رفع نقایص آن است. از جمله هفت قانون اساسی افغانستان، شش آن توسط لویه جرگه ها تصویب شده اند. از جمله قوانین اساسی ای که توسط لویه جرگه ها تصویب شده اند، عبارت اند از:

۱) **اولین قانون اساسی افغانستان:** در افغانستان سال ۱۳۰۱ هجری شمسی آغاز تدوین و تصویب قوانین و نظامنامه ها محسوب می شود. در این سال، برای اولین بار طرح قانون اساسی افغانستان زیر نام «نظامنامه اساسی دولت علیه افغانستان» در ۷۳ ماده توسط رژیم شاه امان الله تهیه شد و در زمستان همان سال (۱۰ حوت ۱۳۰۱ هجری شمسی) در لویه جرگه جلال آباد که مرکب بود از ۸۷۲ نفر به تصویب رسید و در لویه جرگه ماه سرطان ۱۳۰۳ هجری شمسی در پغمان به دلیل عدم حضور نمایندگان تمام ولایات کشور که مرکب بود از ۱۰۵۰ نفر دوباره مورد تصویب قرار گرفت. در این مجلس مشورتی ۱۰۵۰ نفر از صاحب منصبان ارتش، علما، روحانیون و رؤسای قبایل شرکت کرده بودند.

این لویه جرگه در پغمان یک هفته ادامه یافت و در آن موضوعات گوناگون ملکی، مملکتی، سیاسی و اجتماعی مورد بحث قرار گرفت و مسایل با تصویب و اجازه شاه امان الله و اکثریت آراء مورد تصویب قرار گرفت. ۱۳۹ قانون اساسی مذکور در واقع به روش اعطایی که یکی از روش های غیر مردم سالار تدوین و تصویب قانون اساسی است به تصویب رسید، زیرا شاه امان الله که سفر های متعددی به کشور های اروپایی نموده بود، از پیشرفت این ممالک متأثر گردیده بود و می خواست افغانستان را نیز در آینده به یک کشور پیشرفته و دموکراتیک تبدیل نماید.

۲) **دومین قانون اساسی افغانستان:** محمد نادرشاه در ماه میزان ۱۳۰۹ هجری شمسی لویه جرگه را مرکب از اشخاص دست چین از سران قبایل و اقوام و ریش سفیدان مناطق شهری در کابل دایر نمود. این مجلس علاوه بر تأیید پادشاهی محمد نادر خان هیأتی را مرکب از ۱۰۵ نفر از بین اعضای خود جهت تصویب قانون اساسی تعیین نمود. هیأت مذکور که شورای ملی نامیده شد، در ماه عقرب، ۱۳۱۰ هجری شمسی قانون اساسی جدید را به عنوان «اصول دولت علیه افغانستان» در ۱۱۰ ماده به تصویب رسانید. ۱۴۰ دومین قانون اساسی افغانستان نیز به شیوه غیر مردم سالار اعطایی تدوین و تصویب شد.

۱۳۹. سرور دانش (۱۳۸۹). حقوق اساسی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات دانشگاه ابن سینا، ص ۶۱.
 ۱۴۰. ____ (حوت ۱۳۸۲). قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح، جلد (۱)، کابل: دارالانشای قانون اساسی، صص ۲۳ و ۲۴.

۳) **سومین قانون اساسی افغانستان:** محمد ظاهر شاه پس از مرگ پدر در خزان ۱۳۱۲ هجری شمسی به پادشاهی رسید و طبق همان اصول اساسی پدرش، سی سال تمام حکومت نمود. در حقیقت خانواده یحیی خان به طور دسته جمعی حکومت می کردند، اما با استعفای داود خان از صدارت در ۱۱ حوت ۱۳۴۱ هجری شمسی محمد ظاهر شاه داکتر یوسف را به حیث صدر اعظم تعیین نمود. داکتر یوسف کابینه خود را مرکب از شخصیت های تکنوکرات و برخی شخصیت های با نفوذ قومی که در آن گروه تکنوکرات ها سنگینی می کرد، به تاریخ ۲۱ حوت ۱۳۴۱ هجری شمسی به مجلس معرفی نمود. پس از معرفی اعضای کابینه، مهمترین اقدام تاریخی داکتر یوسف، تعیین هیأت ۷ نفره برای تدوین قانون اساسی کشور بود که به تاریخ حمل ۱۳۴۲ هجری شمسی اعلام شد. بنابراین، سومین قانون اساسی در دوره محمد ظاهر شاه تدوین و تصویب شد. براساس فرمان مؤرخ ۷ حمل ۱۳۴۳ اعضای کمیسیون تسوید قانون اساسی عبارت بودند از:

- ۱- سید شمس الدین مجروح، وزیر عدلیه به حیث رئیس کمیته تسوید قانون اساسی؛
- ۲- سید قاسم رشتیا وزیر اطلاعات و فرهنگ به حیث عضو؛
- ۳- داکتر میر نجم الدین انصاری، مشاور وزارت معارف؛
- ۴- محمد موسی شفیق، آمر تقنین وزارت عدلیه؛
- ۵- داکتر عبدالصمد حامد، رئیس دانشگاه کابل؛
- ۶- میر محمد صدیق فرهنگ آمر پلان وزارت معادن و صنایع؛
- ۷- حمیدالله استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی.

کمیته تسوید اولین جلسه خود را در ۱۰ حمل ۱۳۴۳ هجری شمسی دایر کرد و از میان خود یک کمیسیون چهار نفری به شمول داکتر حامد، موسی شفیق، حمیدالله و میرمحمد صدیق فرهنگ را مؤظف نمود تا منابع قانونی از قوانین اساسی بعضی ممالک را در اداره تقنین وزارت عدلیه جمع آوری و تنظیم کند. کمیته تسوید، مسوده قانون اساسی را در حمل ۱۳۴۳ هجری شمسی تکمیل کرد و به اساس پیشنهاد داکتر یوسف یک کمیسیون مشورتی مرکب از ۲۸ نفر توسط محمد ظاهر شاه مؤظف گردید تا مسوده قانون اساسی را تحت غور و مذاقه قرار داده و پیشنهاد خویش را قبل از انعقاد لویه جرگه جهت تصویب قانون اساسی ارایه کنند.

پس از پایان یافتن کار کمیسیون مشورتی، وظیفه مشوره دادن در باره ترکیب لویه جرگه و آمادگی جهت انعقاد آن نیز به کمیته مشورتی سپرده شد. همچنین، در ضمن چند مجلس، مطالب ذیل به حکومت پیشنهاد شد:

الف - دایر شدن لویه جرگه در خزان ۱۳۴۳-۱۳۴۶؛ و

ب - ترکیب اعضای آن به شرح ذیل:

۱- وکلای دوره یازدهم شورای ملی، ۱۷۶ نفر؛

- ۲- انتخابات وکلای جدید یک نفر از هر حوزه انتخابی، ۱۷۶ نفر؛
 - ۳- اعضای مجلس سنا، ۱۹ نفر؛
 - ۴- اعضای هیئت وزیران، ۱۴ نفر؛
 - ۵- اعضای محکمه عالی تمیز ۵؛
 - ۶- اعضای کمیته تسوید قانون اساسی، ۷ نفر؛
 - ۷- اعضای کمیسیون مشورتی، ۲۳ نفر؛ و
 - ۸- اعضای انتصابی از جانب پادشاه از اهل خبره ۲۴ نفر که مجموعاً ۴۵۴ تن می شدند. همزمان، فعالیت کمیسیون در جراید به انتشار می رسید و مردم با شوق و دلچسپی این جریانات را تعقیب می کردند. وزارت اطلاعات و فرهنگ از مردم تقاضا کرد تا بر متن مسوده تبصره نموده، نظر شان را ابراز دارند.
- در نتیجه، عده از نویسندگان مضامینی راجع به اصول دموکراسی و شیوه برخورد با آن در قانون اساسی به نشر رساندند. سر انجام لویه جرگه تأریخی در ۱۸ سنبله ۱۳۴۳ هجری شمسی توسط شاه به عنوان رئیس جرگه در عمارت سلام خانه ارگ دایر شد و پس از ده روز بحث و جدل علنی و اعتراضات و برخی تعدیلات جزئی به تاریخ ۲۹ سنبله ۱۳۴۳ هجری شمسی متن جدید، توسط ۴۵۴ نماینده به تصویب رسید و ده روز بعد به تاریخ ۹ میزان ۱۳۴۳ هجری شمسی این قانون از سوی محمد ظاهر شاه توشیح شده و رسماً به مرحله اجرا گذاشته شد.^{۱۴۱}
- روش تدوین و تصویب سومین قانون اساسی از اولین و دومین اندکی تفاوت داشت، زیرا قوانین اساسی اول و دوم افغانستان به روش اعطایی تدوین و تصویب شدند. اما، سومین قانون اساسی با روش اعطایی و نظر خواهی (که هر دو روش های غیرمردم سالار اند) تدوین و تصویب شد.
- ۴) چهارمین قانون اساسی:** با کودتای ۲۶ سرطان ۱۳۵۲ هجری شمسی، قانون اساسی مصوب ۱۳۴۳ هجری شمسی مُلغی گردید. در آغاز تأسیس جمهوریت، محمد داود در بیانیۀ مؤرخ اول سنبله ۱۳۵۲ هجری شمسی تصویب قانون اساسی جدیدی را بر مبنای دموکراسی حقیقی وعده داد. این وعده برای مدت چهار سال بدون تذکر دلیل آن معطل ماند. به نظر می رسد داود خان به دموکراسی عقیده نداشت و به همین دلیل کار تهیه قانون اساسی را مدت ها عقب انداخت، اما بالاخره پیدایش کشیدگی ها در داخل دستگاه حکومت و ضرورت ادامه رژیم او را وادار ساخت تا به این کار اقدام کند.
- بنابراین، در سال ۱۳۵۴ هیأتی را به تهیه مسوده قانون اساسی موظف ساخت. در ماه دلو سال ۱۳۵۵ هجری شمسی مسوده قانون اساسی جدید در جراید انتشار یافت و انتخاب اعضای لویه جرگه جهت بررسی و تصویب آن اعلان شد. در ۱۰ دلو ۱۳۵۵ لویه جرگه مرکب از ۳۲۵ نفر آغاز به کار کرد و

۱۴۱. سرور دانش (۱۳۸۹). حقوق اساسی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات دانشگاه ابن سینا، ص ۶۲ و ____ (حوت ۱۳۸۲).

قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح، جلد (۱)، کابل: دارالانشای قانون اساسی، صص ۲۴ و ۲۵.

پس از ۱۵ روز مباحثه در ۲۵ دلو ۱۳۵۵ قانون اساسی جدید در ۱۳ فصل و ۱۳۶ ماده تصویب گردید و در ۵ حوت از طرف داود خان به توشیح رسید و انفاذ آن اعلام شد.^{۱۴۲} چهارمین قانون اساسی افغانستان نیز به شیوه غیرمردم سالار اعطایی تدوین و تصویب شد.

(۵) پنجمین قانون اساسی افغانستان: پنجمین قانون اساسی افغانستان به نام «اصول اساسی جمهوری دموکراتیک افغانستان» در ۲۵ حمل ۱۳۵۹ هجری شمسی توسط شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان در ۶۸ ماده به طور مؤقت تصویب گردید و از اول ثور به اجرا گذاشته شد. این اصول در واقع بیانگر اهداف و افکار حزب کمیونسنت پرچم بود.^{۱۴۳} پنجمین قانون اساسی افغانستان نیز به شیوه اعطایی تدوین و تصویب شد. البته، یگانه قانون اساسی افغانستان که توسط لویه جرگه به تصویب نرسیده است، «اصول اساسی جمهوری دموکراتیک افغانستان» است.

(۶) ششمین قانون اساسی افغانستان: با برکناری ببرک کارمل از قدرت در بهار ۱۳۶۵ هجری شمسی، داکتر نجیب الله ابتدا به حیث منشی عمومی حزب دموکراتیک خلق و بعداً در ماه عقرب همان سال به حیث رئیس شورای انقلابی تعیین شد. داکتر نجیب الله برای پیشبرد طرح های خود که همان مصالحه ملی بود، مسئله قانون اساسی را پیش کشید که باید سر از نو طرح و تدوین گردد. قانون آن دوره از قانون اساسی ۱۳۴۳ هجری شمسی دوران ظاهر شاه و قانون اساسی ۱۳۵۵ دوره داود خان استخراج شده بود.

داکتر نجیب الله طبق سیاست سنتی افغانستان برای تصویب قانون اساسی و قانونی کردن حکومت خود لویه جرگه ۸-۹ قوس سال ۱۳۶۶ هجری شمسی را دایر نمود که به تاریخ ۸ و ۹ قوس ۱۳۶۶ هجری شمسی لویه جرگه مذکور قانون اساسی را در ۱۳ فصل و ۱۴۹ ماده به تصویب رسانید. همچنین لویه جرگه داکتر نجیب الله را به حیث رئیس جمهوری افغانستان تعیین کرد. داکتر نجیب الله هم این قانون را توشیح کرد.^{۱۴۴} این قانون اساسی که به شیوه اعطایی تدوین و تصویب شد تا سال ۱۳۷۱ مورد اجرا قرار گرفت و با روی کار آمدن حکومت مجاهدین در کابل، توسط صبغت الله مجددی رئیس دولت وقت افغانستان در حالت تعلیق در آمد. دولت مجاهدین قانون اساسی نداشتند. همچنین، دولت طالبان در دوره اول حکومت خویش فاقد قانون اساسی بود.

(۷) هفتمین قانون اساسی افغانستان: بعد از حملات به مرکز تجارت جهانی در ایالات متحده که منجر به ایجاد ائتلاف چند جانبه نظامی علیه طالبان شد، این رژیم سقوط کرد و افغانستان یک بار دیگر در محراق توجه جهانیان قرار گرفت و جامعه جهانی تحت رهبری سازمان ملل متحد متعهد شد تا افغان ها را در حل بحران پیچیده و لاینحل ایشان کمک نماید. در نتیجه، در پایان مذاکرات ده روزه که در

۱۴۲. همان، —، جلد (۱)، صص ۲۷ و ۲۸.

۱۴۳. همان، —، جلد (۱)، صص ۲۷ و ۲۸.

۱۴۴. همان، —، جلد (۱)، ص ۲۹.

هوتل سن پترزبورگ آلمان برگزار گردید، موافقتنامه را به تاریخ ۱۴ قوس ۱۳۸۰ هجری شمسی با حضور سران و رهبران جهادی، صاحب نظران، متنفذین قومی، شخصیت های علمی، جمعی از علما و ناظران بین المللی به رهبری ملل متحد امضاء نمودند که به نام «موافقتنامه اداره مؤقت در افغانستان تا زمان تأسیس مجدد نهادهای دایمی دولتی» خوانده می شود. این توافقنامه نتیجه مذاکرات و مصالحه میان تقریباً همه نیروهای سیاسی افغانستان به استثنای طالبان که یکی از طرف های جنگ بوده است، بود.

توافقنامه بن سه مرحله انتقال را در نظر گرفت. سومین و آخرین مرحله آن در ۱۹ دسامبر ۲۰۰۵ (۱۳۸۴ هجری شمسی) با افتتاح رسمی شورای ملی منتخب پایان یافت. توافقنامه بن، قانون اساسی ۱۹۶۴ (۱۳۴۳ هجری شمسی) به استثنای قواعدی که راجع به سلطنت، ارگانهای اجرایی و تقنینی بودند و سایر قوانین موجود را تا آنجا که مغایر با توافقنامه ها یا تعهدات بین المللی افغانستان و یا مغایر قواعد مذکور در قانون اساسی ۱۹۶۴ (۱۳۴۳ هجری شمسی) نباشند، مجدداً مستقر و نافذ کرد.^{۱۴۵}

این موافقتنامه از نظر شکل از یک مقدمه، پنج بخش و چهار ضمیمه تشکیل شده بود. مقدمه که در یک جمله طولانی یک صفحه ای، با عبارت «شرکت کنندگان مذاکرات ملل متحد» شروع شده و با عبارت «به قرار ذیل توافق نموده اند» ختم می شد، به بیان اهداف، ضرورت ها و خواسته ها اشاره داشت.

متن اصلی موافقتنامه به مقررات کلی چهارچوب حقوقی و نظام قضایی، ساختار اداره مؤقت، اختیارات و وظایف مقامات آن اداره و نیز تأسیس کمیسیون مستقل خاص لویه جرگه اضطراری و بالآخره مقررات نهایی می پرداخت. ضمیمه موافقتنامه در چهار قسمت به وظایف نیروهای امنیتی بین المللی سازمان ملل متحد در دوره های اداره مؤقت و انتقالی، نقش و وظایف جامعه جهانی به خصوص سازمان ملل متحد، توقعات مردم افغانستان از آنها و ترکیب اداره مؤقت اشاره می نمود. این موافقتنامه که تقریباً شبیه قانون اساسی کشور جدیدالتأسیس بود، به چند مسأله اصلی پرداخته بود که عبارت بودند از:

۱- ساختار سیاسی اداره مؤقت و انتقالی افغانستان؛

۲- چهارچوب حقوقی و نظام عدلی و قضایی؛

۳- پیش بینی کمیسیون هایی در مورد موضوعات مهم؛ و

۴- نقش و وظایف سازمان ملل متحد.^{۱۴۶}

چنانچه اشاره شد، یکی از موضوعات مهم در موافقتنامه بن، ایجاد کمیسیون ها برای موضوعات مهم بود. این کمیسیون ها عبارت بودند از: کمیسیون مستقل ویژه برای تشکیل لویه جرگه اضطراری،

۱۴۵. ماده ۲-۱ توافقنامه بن.

۱۴۶. ____ (حوت ۱۳۸۲). قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح، جلد (۱)، کابل: دارالانشای قانون اساسی، صص

۲۳ و ۲۴.

کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، کمیسیون مستقل اصلاحات اداری، کمیسیون بازسازی اصلاحات عدلی و قضایی^{۱۴۷} و کمیسیون تدوین قانون اساسی. از آنچه گفته شد، به خوبی به این نتیجه می‌رسیم که: تدوین و تصویب قانون اساسی لاحق افغانستان در توافقات بن‌پیش‌بینی شده بود. به این منظور، کمیسیون تسوید قانون اساسی که متشکل بود از ۹ عضو به تأریخ ۳ میزان ۱۳۸۱ به اساس فرمان رئیس دولت انتقالی اسلامی افغانستان کار خود را آغاز کرد و با تلاش‌های خستگی‌ناپذیر و مطالعه بیش از ۷۰ قانون اساسی دنیا و در نشست‌های که با صاحب‌نظران و متخصصین علوم مختلف داشت، مسوده قانون اساسی را در ماه حمل ۱۳۸۲ تدوین نمود و جهت بررسی بیشتر به ریاست دولت تسلیم نمود.

پس از ختم کار کمیسیون تسوید، دولت انتقالی اسلامی افغانستان و سازمان ملل متحد لازم‌دانستند تا برای غور و مطالعه بیشتر مسوده، کمیسیون تدقیق که متشکل از افراد حقوقدان، متخصصین مسایل اقتصادی و علوم مختلف و شخصیت‌های با اعتبار اجتماعی تشکیل گردد تا مسوده تدوین شده را از نظر گذشتانده و جهت آگاهی و نظرخواهی از مردم به ولایات و نقاط مختلف افغانستان سفر نمایند تا خواست‌ها و آرزوهای مردم را در این مورد جویا شوند. بنابراین، به تأریخ ۳ ثور ۱۳۸۲ هجری شمسی این کمیسیون توسط فرمان جداگانه رئیس دولت انتقالی اسلامی افغانستان کار خویش را آغاز کرد.

کار این کمیسیون عملاً طی سه مرحله صورت گرفت: مرحله اول: ابتداء با تشکیل کمیته‌های چهارگانه، کار مطالعه، غور و بررسی روی مسوده آغاز گردید. پس از آن که مطمئن شدند این مسوده براساس خواست‌های مردم و با رعایت سنت‌ها و عنعنات جامعه افغانی تسوید شده است، جهت ارایه مسوده به مردم و نظرخواهی از آنها مرحله دوم کار را آغاز نمودند که این پروسه یک ماه طول کشید.

در فرایند نظرخواهی اعضای کمیسیون به ۱۰ کمیته سه نفری تقسیم شدند تا به ده زون کشور سفر نمایند. در هر کمیته یک گزارشگر از طرف دارالانشای کمیسیون قانون اساسی تیم را همراهی می‌کرد تا در قسمت ثبت و انتقال نظریات و پیشنهادات مردم اعضای کمیسیون را یاری کنند. این ۱۰ تیم به ولایات، ولسوالی‌ها و دورترین قرا و قصبات افغانستان و دو تیم نیز به جمهوری اسلامی ایران و پاکستان جهت اخذ نظریات مهاجرین افغان مقیم این دو کشور سفر کردند و از مردم در رابطه به نوع قانون اساسی ای که آنها می‌خواستند، نظریات، پیشنهادات و حتی انتقادات آنها را دریافت کنند.

به این منظور، پرسش‌نامه‌های ترتیب شد تا مردم به راحتی بتوانند نظریات خویش را در این پرسشنامه‌ها منعکس کنند. پس از ختم مرحله نظرخواهی، تمام نظریات مردم به مرکز انتقال داده شد و این نظریات و پیشنهادات توسط محققین بخش علمی دارالانشای کمیسیون قانون اساسی تحلیل و

تجزیه و در اختیار اعضای کمیسیون قرار گرفت. اعضای کمیسیون تدقیق قانون اساسی مرحله سوم کار خود را که مرور مجدد روی مسوده بود، آغاز کردند. در این مرحله سعی شد که نظریات و پیشنهادات مردم تا آنجایی که به مصالح علیای کشور و وحدت ملی خللی وارد نکند، در مسوده گنجانیده شود.

پس از آن، مسوده برای اطلاع عموم در روزنامه ها، نشریات، جراید و دیگر وسایل ارتباط جمعی نشر گردید و یک بار دیگر نظریات مردم پس از آگاهی از متن مسوده مدنظر قرار گرفت و آخرین تصحیحات لازم در آن انجام شد. در نهایت، در ماه عقرب ۱۳۸۲ این کار به اتمام رسید و مسوده قانون اساسی پس از تدقیق و مطالعات فراوان جهت تصویب لویه جرگه قانون اساسی تقدیم گردید.

براساس موافقتنامه بن دولت انتقالی مؤظف گردیده بود که هجده ماه بعد از تأسیس اداره انتقالی لویه جرگه تصویب قانون اساسی را دایر نماید تا مسوده ای را که توسط کمیسیون تسوید و تدقیق تهیه شده بود، به واسطه نمایندگان منتخب مردم در این لویه جرگه به تصویب برسد. این لویه جرگه بنا بر دلایل تخنیکی پس از دو ماه تأخیر به تاریخ ۲۲ قوس ۱۳۸۲ هجری شمسی برگزار شد و طی بیست و دو روز بحث و مذاکره مسوده قانون اساسی را به تصویب رسانید و به تاریخ ۱۴ جدی سال ۱۳۸۲ هجری شمسی کار خود را به اتمام رسانید.

قانون اساسی جدید توسط لویه جرگه تاریخی ۲۲ قوس الی ۱۴ جدی ۱۳۸۲ هجری شمسی در شهر کابل در ۱۲ فصل و ۱۶۲ ماده به اتفاق آراء تصویب گردید و به تاریخ ۶ دلو ۱۳۸۲ هجری شمسی از طرف حامد کرزی رئیس دولت انتقالی اسلامی افغانستان توشیح و انفاذ آن اعلام گردید.^{۱۴۸} از آنچه گفته شد، به خوبی نتیجه گیری می شود که هفتمین قانون اساسی افغانستان از طریق نظرخواهی از مردم در تدوین قانون اساسی که یکی از روش های غیر مردم سالار تدوین و تصویب قانون اساسی است، تدوین و تصویب شد.

حکومت طالبان با روی کار آمدن دوباره در سال ۱۴۰۰ قانون اساسی سال ۱۳۸۲ را نپذیرفتند. تاکنون مانند دور اول، حکومت طالبان بدون قانون اساسی است.

گفتار سوم) انفاذ، توشیح و نشر

مرحله سوم و حتی آخر قانونگذاری اساسی انفاذ است. در این رابطه دو سؤال مطرح است: اول این که چرا برخلاف قانونگذاری عادی، که تفصیل آن در فصل بعدی خواهد آمد، مرحله سوم قانونگذاری اساسی انفاذ است؟ دوم این که توشیح قانون اساسی توسط رئیس جمهور و نشر آن در جریده رسمی چه اهمیتی دارد؟ در پاسخ به سؤال اول به نظر می رسد که انفاذ قانون اساسی، برخلاف قوانین عادی، ناشی از نظریه حاکمیت مردم است، زیرا در نظام های دموکراتیک از جمله نظام حقوقی افغانستان که حاکمیت از آن مردم است (ماده ۴ ق. ۱)، قوه مؤسس و قانون اساسی ناشی از اراده مردم است.

۱۴۸. جهت مطالعه مفصل راجع به توافقات بن، متن موافقتنامه بن و نحوه کار کمیسیون تسوید و تدقیق قانون اساسی ر. ک: همان، —، جلد (۱)، صص ۲۱۷-۵۶۲.

لذا، زمانی که مردم قانون اساسی خویش را تصویب نمایند، این قانون خود به خودی نافذ است. از همین جهت، در اکثر قوانین اساسی افغانستان پیش بینی شده است که این قوانین بعد از تصویب نافذ است. ماده ۱۴۹ قانون اساسی ۱۳۶۶ تصریح می نمود: «این قانون اساسی از تاریخ تصویب لویه جرگه نافذ و توسط رئیس جمهور توشیح و اعلام می گردد.»

این حکم در ماده ۱۶۲ قانون اساسی جدید افغانستان نیز پیش بینی شده است. این ماده تصریح می نماید: «این قانون اساسی از تاریخ تصویب لویه جرگه نافذ و از طرف رئیس دولت انتقالی اسلامی افغانستان توشیح و اعلام می گردد.» اما، این نظر در بقیه قوانین اساسی افغانستان برعکس بوده است. به این توضیح که بقیه قوانین اساسی افغانستان بعد از توشیح و غالباً نشر نافذ شده اند.

در پاسخ به سؤال دوم باید گفت که: با توجه به قانون اساسی ۱۳۶۶ و قانون اساسی ۱۳۸۲ به نظر می رسد که توشیح قانون اساسی توسط رئیس جمهور، امر تشریفاتی است، زیرا در صورتی که رئیس جمهور قانون اساسی را توشیح نیز ننماید، برخلاف قوانین عادی، قانون اساسی نافذ است. البته، در این گونه موارد باید به متن خود قانون اساسی مراجعه نمود و دید که قانون اساسی در این گونه موارد چه حکمی دارند. نشر قانون اساسی نیز از این جهت که اتباع و دولت به متن مکتوب قانون اساسی دسترسی پیدا نمایند حایز اهمیت است، در غیر آن، نشر قانون اساسی اهمیتی دیگری ندارد.

مبحث چهارم) تعدیل قانون اساسی

تجربه تاریخ قوانین اساسی نشان می دهد که قوانین اساسی غالباً ناقص اند و نقص آن ها در نتیجه تطبیق قوانین اساسی ظاهر می شود و ضرورت تعدیل آن احساس می شود. در این مبحث تعریف تعدیل (گفتار اول)، مبنای تعدیل (گفتار دوم)، تعدیل قانون اساسی به طور عام (گفتار سوم) و تعدیل قانون اساسی در نظام حقوقی افغانستان (گفتار چهارم) را مورد بحث قرار می دهیم:

گفتار اول) تعریف

تعدیل از ریشه «عدل» گرفته شده است که در لغت به معنی برابر ساختن است.^{۱۴۹} همچنین، تعدیل به معنی راست کردن، معتدل کردن، تقسیم کردن از روی عدالت، دو چیز را با هم برابر کردن و هم وزن کردن است.^{۱۵۰}

به نظر می رسد تعدیل در حوزه قانونگذاری در مفهوم لغوی نه بلکه در مفهوم مصطلح بازنگری یا تجدید نظر استعمال می شود. ماده ۲ جزء ۷ مقرر طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در تعریف تعدیل تصریح می نمود: «تعدیل تغییر حکم سند تقنینی نافذ از نظر شکل، محتوی یا هر دو می باشد.» اما، ماده ۳ جزء ۲۵ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی در تعریف تعدیل می

۱۴۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۰۳.

گوید: «تعدیل تغییر حکم، احکام، کم و زیاد کردن حروف، کلمات، جملات و اعداد در سند تقنینی نافذ و یا طرح قانون حین تصویب در شورای ملی است که شکل، محتوی یا هر دو را دست خوش تغییر می نماید.» فرق تعدیل با نسخ قانون اساسی این است که نسخ از بین بردن کامل یک قانون اساسی و جایگزین شدن قانون اساسی دیگر به عوض آن است، اما تعدیل در برخی از مواد قانون اساسی صورت می گیرد.

گفتار دوم) مبنا

در اعلامیه حقوق بشر و شهروند سال ۱۷۹۳ فرانسه آمده است: «مردم پیوسته حق دارند قانون اساسی خود را مورد بازنگری قرار داده یا آن را اصلاح کرده یا کلاً تغییر دهند. هیچ نسلی نمی تواند نسل های بعد از خود را ملزم و تابع قوانین خود سازد.»

در این اعلامیه حق تجدید نظر به عنوان یکی از حقوق شهروندان شناخته شده است و حکم مستتر در آن جزء اصول فراقانونی به شمار آمده است.^{۱۵۱} در مورد علت این امر داکتر قاضی می نویسد: «از آنجا که قانون اساسی همانند سایر قواعد عمدتاً ساخته و پرداخته افراد و گروه های انسانی است، نمی تواند مدعی دوام و بقای ابدی باشد. دست آورهای بشری علی الاصول در معرض تحول و دگرگونی و در آخر کار تجدید نظر و تغییر اند.

متن قانون اساسی نیز مانند کلیه قاعده گذاری های حقوقی پاسخگوی نیازهای مقطعی جوامع سیاسی است. البته، در سطحی بالاتر و مقاطعی که غالباً دیر حاصل می شوند. از آنجا که نیازها و مقتضیات همدوش با پویایی، تحولات و تبدلات درونی جامعه دگرگون می شوند، بنابراین قانون اساسی نیز باید طبعاً با اصلاحات و تغییرات خود در جهت هماهنگی با شرایط منعکس کننده پدیده های نوین باشد.

از همین جهت است که قوانین اساسی مدون مانند قوانین اساسی عرفی، قوانین اساسی شکلی مانند قوانین اساسی ماهوی قابل بازنگری اند. منتها، نحوه و تشریفات هر کدام با دیگری فرق می کند. از این لحاظ، قوانین اساسی را به انعطاف پذیر یا نرم، و انعطاف ناپذیر یا سخت طبقه بندی کرده اند. مسلم است که هیچ کدام از دو قسم یاد شده همیشگی و جاویدانی نیستند و هیچ قانونگذاری با منشأ انسانی نمی تواند ادعای آن داشته باشد که متن مصوب او خدشه بردار نیست.»^{۱۵۲}

گفتار سوم) شیوه های تعدیل قانون اساسی به طور عام

شیوه های بازنگری قوانین اساسی با توجه به این که قانون اساسی انعطاف پذیر و یا انعطاف ناپذیر باشد متفاوت است.^{۱۵۳} پس از بررسی فایده عملی این تمایز (۱)، چگونگی و مراحل تجدید نظر در

۱۵۱. ابوالفضل قاضی شریعت پناهی (۱۳۸۳). گفتارهایی در حقوق عمومی، چاپ یازدهم، تهران: میزان، ص ۹۳.

۱۵۲. نقل از: همان، ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، صص ۹۳ و ۹۴.

۱۵۳. بیژن عباسی (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: جنگل، ص ۸۴.

قوانین اساسی انعطاف ناپذیر (۲)، انعطاف پذیر (۳) و محدودیت های بازنگری (۴) را ذیلاً مورد بحث قرار می دهیم:

۱) فایده تمایز قوانین اساسی انعطاف پذیر و انعطاف ناپذیر: اگر قانون اساسی به گونه ای باشد که در بازنگری آن همان روشی در نظر گرفته شود که در بازنگری و تعدیل قوانین عادی اعمال می شود، قانون اساسی انعطاف پذیر یا نرم نامیده می شود. به عبارت دیگر: قانون اساسی انعطاف پذیر آن است که تعدیل آن مقررات و شرایط خاصی ندارد و همان مقامی که قوانین عادی را تعدیل می کند، با همان شیوه و ترتیبات می تواند قانون اساسی را نیز تعدیل کند.

از این رو، بین قوانین عادی و مقررات مندرج در قانون اساسی انعطاف پذیر از نظر شکلی هیچ فرقی وجود ندارد. بدون شک قوانین عرفی نسبت به قوانین نوشته و مدون انعطاف پذیر تر هستند زیرا این قوانین همان طور که با عرف ایجاد شده اند با عین همان روش یعنی جایگزین ساختن قواعد عرفی جدید به جای قواعد عرفی قدیم مورد تعدیل و تجدید نظر قرار می گیرند و قانون گذار نیز هر وقت که بخواهد می تواند در آن تعدیل ایجاد کند و عین همان روش و شرایط مربوط به وضع تعدیل قانون عادی را به کار بندد.

۲) به عنوان مثال، پارلمان انگلیس با همان روشی که یک قانون عادی را وضع یا تعدیل می کند می تواند یک قاعده ای اساسی را چه مکتوب باشد یا عرفی نیز تعدیل کند. انعطاف پذیری هر چند که با تعدیل قانون اساسی مربوط می شود اما به این معنی نیست که به قوانین اساسی عرفی اختصاص داشته باشد بلکه قانون اساسی مکتوب نیز می تواند انعطاف پذیر یا نرم باشد زیرا هیچ ملازمه ای بین نوشته بودن قانون اساسی و انعطاف ناپذیر بودن آن وجود ندارد. اما قوانین اساسی انعطاف ناپذیر یا سخت آن است که تعدیل آن با آیین و مقررات کاملاً متفاوت با آیین تعدیل قوانین عادی انجام می شود.

۳) به عبارت دیگر قانون اساسی انعطاف ناپذیر آن است که در تعدیل آن شرایط سخت تر و شدید تر از شرایط قانون عادی اعمال می شود و این شرایط در متن خود قانون اساسی هم ذکر می شود. هدف اصلی از انعطاف ناپذیری قانون اساسی این است که احکام آن ثبات و استقرار بیش تری داشته باشد. از همین رو، برای تعدیل آن شرایط سختی را در نظر می گیرند و هرچند تمایل به ثبات قانون بیش تر باشد شرایط تعدیل هم سخت تر و پیچیده تر خواهد بود.

نتیجه ای دیگری که بر انعطاف ناپذیری قانون اساسی مترتب می گردد ثبات قانون اساسی و مصونیت آن در قبال قوه ای مجریه و قوه ای مقننه است زیرا در این صورت آنان حق ندارند که به سهولت دست به تعدیل یا الغای قانون اساسی بزنند. با توجه به دو مزیت فوق است که امروز چنان که در صفحات بعدی خواهیم دید بسیاری از کشورهای جهان به نظام قانون اساسی سخت و انعطاف

ناپذیر روی آورده و آن را بر نظام قانون اساسی نرم و انعطاف پذیر ترجیح می دهند. به نظر می رسد غیر از انگلیس و اسرائیل کشور دیگری دارای قانون اساسی انعطاف پذیر نیست.^{۱۵۴}

۲) چگونگی و مراحل بازنگری قوانین اساسی انعطاف ناپذیر: بازنگری قانون اساسی انعطاف ناپذیر به طور کلی به پنج مرحله زیر دسته بندی می شود:

۱- پیشنهاد بازنگری: در قوانین اساسی انعطاف ناپذیر، نخستین مرحله تجدید نظر، پیشنهاد لایحه یا طرح بازنگری است. لذا، پرسش این است که چه مقامات یا اشخاصی این صلاحیت را دارند؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که در این مورد قوانین اساسی ممالک مختلف به مقامات و اشخاص مختلف این صلاحیت را به شرح ذیل اعطا نموده است:

- در یک دولت یکپارچه پیشنهاد بازنگری ممکن است به تنهایی به قوه مجریه سپرده شود. این حق ممکن است منطقی به نظر برسد زیرا همین نهاد است که می تواند بهتر از سایر نهادها تغییرات لازم را در قانون اساسی تشخیص دهد، مانند: اصلاحیه قانون اساسی مشروطیت ایران در سال ۱۳۲۸، اصل ۱۷۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۵۶ قانون اساسی ۴ اوت ۱۸۰۲ فرانسه.

- ممکن است فقط به قوه مقننه یا بخشی از آن حق پیشنهاد بازنگری داده شود. این راه حل را می توان در نظام های که به قوه مجریه بدین اند یا در نظام های دارای تفکیک مطلق قوا مشاهده کرد، مانند: ماده ۹۰ قانون اساسی ۱۹۴۶ فرانسه و قانون اساسی ۱۷۸۶ ایالات متحده آمریکا و ماده ۱۷۵ قانون اساسی ترکیه که این حق را فقط به یک سوم اعضای مجلس ملی اعطا کرده است.

- معمولاً برای رعایت اصل تفکیک قوا در نظام های پارلمانی این حق به طور مشترک به حکومت و اعضای دو مجلس داده می شود، مثلاً: در فرانسه در سال ۱۸۷۵، آلمان، ایتالیا، بلژیک و اسپانیا.

- در یک دولت با ساخت فدرال معمولاً حق پیشنهاد همزمان به نهاد های فدرال مثلاً: کنگره در ایالات متحده آمریکا و به همه ایالات عضو یا به شماری از آنها و در خواست دو سوم مجالس ایالات طبق قانون اساسی آمریکا واگذار می شود (ماده ۵) زیرا در آمریکا قوه مجریه حق پیشنهاد بازنگری را ندارد.

- اگر در یک دولت فدرال یا غیرفدرال، شیوه های مردم سالاری مستقیم توسعه یافته باشد، ممکن است تجدید نظر به پیشنهاد مردم یا دست کم شمار قابل توجهی از شهروندان نیز صورت بگیرد. در این خصوص، می توان از ماده ۱۳۸ و ۱۳۹ قانون اساسی ۱۸ اپریل ۱۹۹۹ سوئیس اشاره کرد. قواعد این مواد پیش بینی می نمایند که ۱۰۰۰۰۰ شهروند سوئیس می تواند تجدید نظر جزئی یا کلی قانون اساسی را درخواست کند و این پیشنهاد نباید مغایر «قواعد آمره حقوق بین الملل» باشد. در ایتالیا (ماده ۲۰ قانون اساسی ۲۷ دسامبر ۱۹۴۵)، کوریای جنوبی، اروگوئه نیز بازنگری به پیشنهاد مردم ممکن است.^{۱۵۵}

۱۵۴. سرور دانش (۱۳۸۹). حقوق اساسی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات دانشگاه ابن سینا، صص ۶۹-۷۱.

۱۵۵. بیژن عباسی (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: جنگل، صص ۸۸-۹۰.

۲- تأیید پیشنهاد بازنگری: در برخی از قوانین اساسی پیش بینی شده است که باید پیشنهاد تعدیل توسط مقام دیگر نیز مورد بررسی قرار گیرد که آیا تعدیل ضروری است یا نه؟ از همین رو، در اکثر قوانین اساسی پیش بینی شده است که پیشنهاد تعدیل باید توسط پارلمان مطالعه شود که آیا تعدیل لازم است و یا خیر؟ و راه های عملی ساختن آن کدام است؟^{۱۵۶}

بنابراین، هنگامی که پیشنهاد بازنگری به عمل آمد، باید تصمیم دیگری پیگیری شود. در این مرحله ممکن است قوانین اساسی تصمیم به بازنگری را به قوه مجریه و یا مقننه سپرده باشند. در سوئیس، مرحله تصمیم به بازنگری پس از پیشنهاد مردمی با مجلس فدرال است (ماده ۱۳۹). در قانون اساسی ایتالیا براساس ماده ۱۳۸، پیگیری پیشنهاد بازنگری قانون اساسی با دو مجلس است.^{۱۵۷}

۳- تدوین طرح بازنگری: مرحله سوم بازنگری، تدوین طرح تجدیدنظر پیشنهادی است. برای حفظ استحکام حقوقی قانون اساسی، مرحله تدوین طرح بازنگری از قوانین عادی پیچیده تر است. انجام این امر گاهی به عهده دولت است (قوانین اساسی امپراتوری یکم و دوم فرانسه)، گاهی با مردم است و معمولاً با مجلس.^{۱۵۸}

۴- تصویب طرح بازنگری: برای دادن اعتبار بیشتر به بازنگری صورت گرفته، برخی از نظام ها مرحله سوم یا مکملی به نام تصویب تجدیدنظر را پیش بینی می کنند. تصویب نهایی متن توسط یکی از این مقامات صورت می گیرد: پارلمان، مجلس مؤسسان و یا فرماندم.^{۱۵۹}

۵- توشیح: اعلام رسمی قوانین مصوب عبارت است از امضا و انتشار رسمی آنها است. موارد بازنگری شده قانون اساسی باید مانند قوانین عادی به طور رسمی اعلام گردند. اغلب این مرحله پایانی به عنوان یک حق تشریفاتی به رئیس دولت (رئیس جمهور و یا شاه) واگذار می شود. اصل ۱۲۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بدین امر تصریح دارد: «رئیس جمهور موظف است مصوبات مجلس و نتیجه همه پرسی را پس از طی مراحل قانونی و ابلاغ به وی امضا و برای اجرا در اختیار مسؤولان بگذارد.» براساس ماده ۲۸۶ قانون اساسی پرتغال: «رئیس جمهور حق خودداری از امضا و انتشار رسمی تجدیدنظر را ندارد.»^{۱۶۰}

۳) بازنگری قوانین اساسی عرف انعطاف پذیر: در قوانین اساسی عرفی قواعد مربوط به حکومت و حقوق و آزادی های ملت نه به صورت نوشته بلکه بر پایه رویه های الزام آور ناشی از رسوم و سنت ها به وجود آمده اند. قوانین اساسی عرفی تا پایان سده هجدهم وجود داشتند، سپس در همه کشور ها جز انگلیس قوانین اساسی نوشته جایگزین آن ها شدند. همه قوانین اساسی عرفی لزوماً انعطاف پذیر

۱۵۶. سرور دانش (۱۳۸۹). حقوق اساسی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات دانشگاه این سینا، ص ۷۴.

۱۵۷. بیژن عباسی (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: جنگل، ص ۹۰.

۱۵۸. جهت مطالعه مفصل در این مورد. نک: همان، بیژن عباسی، صص ۹۰-۹۴.

۱۵۹. سرور دانش (۱۳۸۹). حقوق اساسی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات دانشگاه این سینا، ص ۷۵.

۱۶۰. بیژن عباسی (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: جنگل، ص ۱۰۰.

نیستند. در نظام پیش از انقلاب ۱۷۸۹ فرانسه، قوانین بنیادین سلطنت جزء قوانین اساسی عرفی اما تجدیدنظر در آن منوط به دعوت مجلس طبقاتی و موافقت شاه بود.

با وجود این، غالباً قوانین اساسی عرفی انعطاف پذیر هستند. قانون اساسی عرفی بریتانیا به دلیل این که در این کشور هیچ روش خاصی را برای بازنگری خود تعیین نکرده است، به علت این که در این کشور اصل حاکمیت پارلمان حکمفرما است، این امر پذیرفته شده است که بازبینی در قانون اساسی با تصویب یک قانون عادی امکان پذیر است. پارلمان هر زمانی که بخواهد می تواند در قانون اساسی تجدیدنظر کند. بنابراین، اگر پارلمان به قانون مغایر با یکی از احکام قانون اساسی عرفی رأی دهد، به این معنی است که قصد نسخ آن حکم را داشته است. بدین ترتیب، در این کشور نسخ یا بازنگری حتی در یک قاعده اساسی نوشته بسیار آسان است.^{۱۶۱}

۴) محدودیت های بازنگری قوانین اساسی: قوه مؤسس اصلی صلاحیت دارد، قوه مؤسس فرعی را از تعدیل برخی قواعد قانون اساسی، در برخی اوقات و یا به دلیل بروز برخی شرایط خاص منع نماید. به نوع اول ممنوعیت، محدودیت های موضوعی (۱)، به نوع دوم محدودیت های زمانی (۲) و به نوع سوم محدودیت ها به سبب اوضاع و احوال (۳) می گویند:

۱- محدودیت های موضوعی: قوه بازنگری تابع محدودیت هایی وضع شده توسط قوه مؤسس اصلی در برخی از امور و موضوعات است که حق دست بردن در آن ها را ندارد. معمولاً این محدودیت ها مربوط به ارکان نظام سیاسی یک کشور مانند: شکل حکومت، ساختار داخلی دولت، پایه های عقیدتی حکومت، حقوق و آزادی ها و ارزش های حاکم بر جامعه، وحدت و یکپارچگی سرزمین می گردد. به حیث مثال، طبق بند ۳ ماده ۷۹ قانون بنیادین آلمان مصوب ۱۹۴۹، صلاحیت های قوه بازنگری بسیار محدود شده است. تجدیدنظر نمی تواند حقوق بنیادین (مواد ۱ تا ۱۹) این کشور و ساختار فدرال این کشور را در برگیرد.

همچنین، در فرانسه، در دوره جمهوری سوم (۱۸۷۰-۱۹۴۰) برای تأکید بر پایه ریزی قطعی نظام جمهوری علیه سلطنت پلکان و جلوگیری از پیدایش دوباره نظام پادشاهی، ماده ۲ بازنگری ۲۴ اوت ۱۸۸۴ پیش بینی می کرد که شکل جمهوری حکومت قابل تجدیدنظر نیست.^{۱۶۲} پرسش این است که ارزش این محدودیت چیست؟

در پاسخ این پرسش صاحب نظران حقوق اساسی اتفاق نظر دارند که این گونه محدودیت ها فاقد جنبه عملی و اجرایی بوده و تنها حیثیت نمادین دارند. این ترتیبات تا زمانی که قوت خود باقی است که شرایط اساسی سیاسی متزلزل نگردیده با تغییر نکرده است. لذا، این گونه محدودیت ها قادر به ممانعت

۱۶۱. همان، بیژن عباسی، صص ۱۰۰-۱۰۱.

۱۶۲. همان، بیژن عباسی، ص ۱۰۶.

از بازنگری نخواهد بود. تاریخ حقوق اساسی کشورهای مختلف و تحولاتی که در متون قانون اساسی به طور جزئی یا کلی پدید آمده، مؤید این واقعیت است.^{۱۶۳}

۲- محدودیت های زمانی: این محدودیت عبارت است از این که قوه مؤسس اصلی اقدام به تجدیدنظر در باره تمام یا بخشی از قانون اساسی را در یک دوره زمانی معین ممنوع اعلام نماید. هدف از برقراری چنین محدودیت هایی تثبیت نظام سیاسی پایه ریزی شده در قانون اساسی و تضمین ثبات نهادهای تازه تأسیس در طی مدت زمان مشخص است.

در فرانسه، در ماده ۳ قانون اساسی ۱۷۹۱ اجازه پیشنهاد بازنگری را به دوره نخست و دوم مجلس قانونگذاری این کشور به مدت ۴ سال نمی داد و براساس ماده ۲ این قانون، تجدیدنظر تنها پس از پیشنهاد سه دوره مجلس قانونگذاری امکان پذیر بود. همچنین، در ایالات متحده امریکا، قوه مؤسس سال ۱۷۸۷ بازنگری در برخی از اصول قانون اساسی مربوط به امور مالی را تا سال ۱۸۱۸ ممنوع اعلام کرده بود.

۳) محدودیت ها به سبب اوضاع و احوال: گاهی قوه مؤسس اصلی بازنگری در قانون اساسی را در برخی از شرایط ممنوع اعلام می کند. در واقع، این شرایط لحظات حساس زندگی یک دولت است. هدف از چنین منعی، جلوگیری از تغییر مواد قانون اساسی در هنگامی است که شهروندان یا نمایندگان شان در تصمیم گیری آزاد و مستقل نیستند.

بنابراین، بازنگری باید در یک فضای آزاد، آرام و مطمئن و عاری از فشار صورت بگیرد. به عنوان مثال، جهت جلوگیری از استقرار نظامی مانند حکومت ویشی در جنوری سال ۱۹۴۰ در فرانسه، ماده ۹۴ قانون اساسی سال ۱۹۴۶ این کشور مقرر می داشت: «در صورت اشغال تمام یا بخشی از سرزمین مرکزی فرانسه توسط نیروهای نظامی بیگانه، هیچ گونه تجدیدنظر در قانون اساسی نه آغاز و نه ادامه خواهد یافت.» ماده ۸۹ قانون اساسی سال ۱۹۵۸ این کشور، قلمرو این محدودیت ها را به این ترتیب گسترش داد: «هنگامی که یکپارچگی سرزمینی کشور مورد تعرض قرار بگیرد، هیچ گونه بازنگری در قانون اساسی نه آغاز و نه ادامه پیدا خواهد کرد.» بدین ترتیب، این ماده، دایره محدودیت را فراتر از سرزمین مرکزی فرانسه قرار داده است. همچنین، براساس ماده ۷ قانون اساسی اخیر و اصل ۱۳۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در دوره کفالت ریاست جمهوری تجدیدنظر در قانون اساسی ممکن نمی باشد.^{۱۶۴}

گفتار چهارم) تعدیل قانون اساسی در افغانستان

۱۶۳. نقل از: ابوالفضل قاضی شریعت پناهی (۱۳۸۳). گفتار هایی در حقوق عمومی، چاپ یازدهم، تهران: میزان، ص ۹۴.

۱۶۴. بیژن عباسی (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: جنگل، صص ۱۰۵-۱۰۶.

از جمله هفت قانون اساسی، قانون اساسی ۱۳۰۱ انعطاف پذیر بوده است، زیرا بازنگری این قانون اساسی با قوانین عادی تفاوت نداشت. قانون اساسی ۱۳۰۹ انعطاف ناپذیر مطلق بود، زیرا حاوی حکمی در مورد بازنگری نبود.

از همین رو، در سال ۱۳۴۳ ملغی شد. بقیه قوانین اساسی افغانستان انعطاف ناپذیر بوده اند. قوه های مؤسس در بازنگری قانون اساسی در افغانستان یک سلسله محدودیت ها را وضع نموده اند. در این گفتار بازنگری قانون اساسی در افغانستان (۱) و محدودیت های بازنگری (۲) را مورد بحث قرار می دهیم:

(۱) فرایند بازنگری قانون اساسی: بازنگری قوانین اساسی در افغانستان، مستلزم طی مراحل شش گانه: پیشنهاد بازنگری، تأیید پیشنهاد، تدوین طرح بازنگری، دایر کردن لویه جرگه، تصویب طرح بازنگری و توشیح طرح تعدیل است:

۱- پیشنهاد بازنگری: مرحله اول بازنگری در قانون اساسی پیشنهاد بازنگری است. در نظامنامه اساسی دولت علیه افغانستان پیشنهاد بازنگری به شورای دولت^{۱۶۵} واگذار گردیده بود. ماده ۷۰ نظامنامه اساسی دولت علیه افغانستان در مورد تجدیدنظر در این نظامنامه تصریح می نمود: «بنابر ایجاب اگر در مواد مندرجه این نظامنامه اساسی لزوم تغییر و تبدیل شود بعد از آرای ثلثان اعضای شورای دولت و تصویب مجلس عالی وزراء به حضور اشرف همایونی عرض می شود و بعد منظوری حضور شاهانه تغییر و تبدیل آن ممکن است.»

طبق نص این ماده، بازنگری در قانون اساسی مستلزم پیشنهاد دو سوم شورای دولت، تصویب شورای وزیران و منظوری شاه بود و با تجدیدنظر در قانون عادی تفاوتی نداشت. زیرا، طبق ماده ۷۱ این نظامنامه قانون عادی نیز با این روش مورد تجدیدنظر قرار می گرفت. ماده ۷۱ نظامنامه اساسی علیه افغانستان در این مورد تصریح می نمود: «تشریح و تغییر یک ماده این نظامنامه اساسی و دیگر نظامات دولت اگر لازم دیده شود به شورای دولت حواله گردیده، بعد از تصحیح و توضیح شورای دولت و تصویب مجلس عالی وزرا طبع و نشر می شود.»

براساس قانون اساسی ۱۳۴۳ پیشنهاد بازنگری توسط شورای وزیران، یک ثلث اعضای ولسی و یا مشرانو جرگه می توانست صورت پذیرد. ماده ۱۲۱ در این مورد تصریح می نمود: «[...] تعدیل دیگر

۱۶۵. به نظر می رسد نویسندگان نظامنامه اساسی علیه افغانستان نهاد شورای دولت را از «شورای دولت فرانسه» اقتباس کرده اند. سایر وظایف شورای دولت عبارت بود از: تدقیق نظامنامه ها (ماده ۴۷ نظامنامه اساسی علیه دولت افغانستان)، تدقیق بودجه (ماده ۴۹ نظامنامه اساسی علیه دولت افغانستان) و مذاکره و تدقیق معاهدات بین المللی (ماده ۵۰ نظامنامه اساسی علیه دولت افغانستان) و محاکمه مأمورین دولت (مواد ۴۵ و ۴۶ نظامنامه اساسی علیه دولت افغانستان). اعضای شورای دولت که مقرر آن در مرکز حکومت (دارالسلطنت) بود توسط شاه منصوب و توسط مردم انتخاب می شدند (مواد ۳۹-۴۲ نظامنامه اساسی علیه دولت افغانستان).

محتویات قانون اساسی به پیشنهاد مجلس وزرا یا یک ثلث از اعضای ولسی جرگه یا مشرانو جرگه مطابق به احکام این فصل صورت می گیرد.»

حق پیشنهاد بازنگری در قانون اساسی ۱۳۵۵ به حکومت، شورای مرکزی حزب و یک ثلث اعضای ملی جرگه واگذار گردید. ماده ۱۲۱ این قانون حکم می نمود: «[...] تعدیل دیگر محتویات قانون اساسی نظر به تجارب و ایجابات عصر به پیشنهاد حکومت و یا شورای مرکزی حزب و یا یک ثلث اعضای ملی جرگه مطابق به احکام این فصل صورت می گیرد.»

حق پیشنهاد بازنگری در قانون اساسی ۱۳۶۶ به رئیس جمهور و شورای ملی اعطا گردیده بود. ماده ۱۴۱ قانون اساسی ۱۳۶۶ در این باره مشعر بود: «[...] اتخاذ تصمیم در مورد تعدیل قانون اساسی به پیشنهاد رئیس جمهور یا پیشنهاد یک ثلث و تأیید دو ثلث اعضای شورای ملی نیز صورت می گیرد [...]». اما، در قانون اساسی ۱۳۸۲ حق پیشنهاد بازنگری مانند قانون اساسی ۱۳۶۶ به رئیس جمهور و اعضای شورای ملی اعطا گردیده است. ماده ۱۴۹ قانون اساسی در این باره حکم می نماید که: «[...] 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.»

۲- تأیید پیشنهاد: در مورد تأیید پیشنهاد بازنگری همه قوانین اساسی افغانستان به جز قوانین اساسی ۱۳۴۳ و ۱۳۵۵ مسکوت اند. قانون اساسی ۱۳۴۳ تأیید پیشنهاد بازنگری را به لویه جرگه واگذار نموده بود. ماده ۱۲۱ قانون اساسی ۱۳۴۳ در این مورد حکم می نمود: «پیشنهاد تعدیل را لویه جرگه مطالعه می کند و در صورتی که اکثریت اعضای آن ضرورت تعدیل را تصویب کند هیأتی از بین اعضا جهت تهیه طرح تعدیل تعیین می نماید [...]».

این صلاحیت در قانون اساسی ۱۳۵۵ نیز به لویه جرگه اعطا گردیده بود. ماده ۱۲۲ قانون اساسی ۱۳۵۵ در این باره حکم می نمود: «پیشنهاد تعدیل را لویه جرگه غور نموده در صورتی که اکثریت اعضای آن ضرورت تعدیل را تصویب کند [...]».

۳- تدوین مسوده: تدوین طرح بازنگری طبق قانون اساسی ۱۳۴۳ توسط لویه جرگه صورت می گرفت. ماده ۱۲۲ قانون اساسی ۱۳۴۳ در این مورد حکم می نمود: «پیشنهاد تعدیل را لویه جرگه مطالعه می کند و در صورتی که اکثریت اعضای آن ضرورت تعدیل را تصویب کند هیأتی از بین اعضا جهت تهیه طرح تعدیل تعیین می نماید. این هیأت طرح تعدیل را به مشوره مجلس وزرا و ستره محکمه تهیه نموده به لویه جرگه تقدیم می کند. هر گاه لویه جرگه با اکثریت اعضا طرح تعدیل را تصویب کند به پادشاه تقدیم می شود [...]».

طبق قانون اساسی ۱۳۵۵ نیز تدوین طرح بازنگری توسط لویه جرگه صورت می گرفت. ماده ۱۲۲ قانون اساسی ۱۳۵۵ در این باره حکم می نمود: «پیشنهاد تعدیل را لویه جرگه غور نموده در صورتی که

اکثریت اعضای آن ضرورت تعدیل را تصویب کند، هیأتی را از بین اعضا جهت تهیه طرح تعدیل تعیین می نماید. این هیأت طرح تعدیل را به مشوره حکومت و ستره محکمه تهیه نموده به لویه جرگه تقدیم می کند [...]». اما، طبق قانون اساسی ۱۳۸۲ طرح بازنگری توسط هیأت مرکب تدوین می شود. ماده ۱۵۰ قانون اساسی ۱۳۸۲ در این باره حکم می نماید: «به منظور اجرای پیشنهاد تعدیل، هیأتی از بین اعضای حکومت، شورای ملی و ستره محکمه به فرمان رئیس جمهور تشکیل گردیده، طرح تعدیل را تهیه می کند [...]».

۴- دایر کردن لویه جرگه: بعد از تدوین مسوده بازنگری، لویه جرگه تعدیل قانون اساسی باید دایر شود تا پیشنهاد بازنگری را تصویب و یا رد نماید. پرسش این است که چه مقامی صلاحیت تدویر لویه جرگه را دارد؟ طبق قانون اساسی ۱۳۴۳ این صلاحیت به پادشاه اعطا شده بود. ماده ۱۲۲ قانون اساسی ۱۳۴۳ در این مورد تصریح می نمود: «[...] پادشاه شورا را منحل ساخته طرح تعدیل را به اطلاع عامه رسانده و تاریخ انتخابات مجدد را اعلام می کند. انتخابات مجدد در خلال چهار ماه از تاریخ انحلال شورا انجام می یابد.».

همچنین، ماده ۱۲۳ قانون اساسی ۱۳۴۳ قانون اساسی در این مورد تصریح می نمود: «به تعقیب افتتاح شورا و تشکیل حکومت پادشاه لویه جرگه را دایر می کند [...]». صلاحیت تدویر لویه جرگه تعدیل قانون اساسی در قانون اساسی ۱۳۶۶ به رئیس جمهور اعطا گردیده بود (ماده ۱۴۱). مانند قانون اساسی ۱۳۶۶ ماده ۱۵۰ قانون اساسی ۱۳۸۲ این صلاحیت را به رئیس جمهور اعطا نموده است. این ماده حکم می نماید: «[...] برای تصویب تعدیل، لویه جرگه بر اساس فرمان رئیس جمهور و مطابق به احکام فصل لویه جرگه دایر می گردد [...]».

۵- تصویب بازنگری: تصویب بازنگری در نظام حقوقی افغانستان به لویه جرگه اعطا شده است که قوه بازنگری قانون اساسی نیز تلقی می گردد. طبق قانون اساسی ۱۳۴۳ لویه جرگه صلاحیت تصویب پیشنهاد بازنگری را داشت. ماده ۱۲۳ قانون اساسی ۱۳۴۳ در این باره می گفت: «[...] لویه جرگه طرح تعدیل را مطالعه کرده متن آن را قبول یا رد می نماید. تصویب لویه جرگه در این مورد به اکثریت دو ثلث اعضا اتخاذ می شود [...]».

همچنین، طبق قانون اساسی ۱۳۵۵ لویه جرگه صلاحیت تصویب بازنگری را داشت. ماده ۱۲۲ قانون اساسی ۱۳۵۵ در این باره حکم می نمود: «[...] هرگاه لویه جرگه به اکثریت اعضا طرح تعدیل را تصویب کند [...]». طبق قانون اساسی ۱۳۶۶ نیز لویه جرگه صلاحیت تصویب و یا رد تعدیل را داشت. ماده ۱۴۱ قانون اساسی ۱۳۶۶ در این باره می گفت: «[...] در صورتی که لویه جرگه پیشنهاد تعدیل را وارد بداند قانون اساسی را تعدیل و در غیر آن پیشنهاد تعدیل را رد می کند [...]». طبق قانون اساسی ۱۳۸۲ نیز تصویب پیشنهاد بازنگری از صلاحیت های لویه جرگه است. بنابراین، لویه جرگه می تواند پیشنهاد تعدیل را تصویب و یا رد نماید (ماده ۱۵۰).

۶- توشیح طرح تعدیل: طبق قانون اساسی ۱۳۴۳ توشیح مصوبه لویه جرگه از صلاحیت های شاه تلقی می شد. ماده ۱۴۳ قانون اساسی ۱۳۴۳ در این مورد تصریح می نمود: «[...] تصویب لویه جرگه در این مورد به اکثریت دو ثلث اعضا اتخاذ می شود و بعد از توشیح پادشاه نافذ می گردد.» طبق قانون اساسی ۱۳۵۵ این صلاحیت به رئیس جمهور منتقل شد. ماده ۱۲۲ قانون اساسی ۱۳۵۵ در این باره اشعار می داشت: «[...] هرگاه لویه جرگه به اکثریت اعضا طرح تعدیل را تصویب کند بعد از توشیح و اعلام رئیس جمهور نافذ می گردد.»

قانون اساسی ۱۳۶۶ در مورد توشیح مصوبه لویه جرگه مسکوت بود. این صلاحیت در قانون اساسی ۱۳۸۲ مانند قانون اساسی ۱۳۵۵ به رئیس جمهور اعطا شده است. ماده ۱۵۰ قانون اساسی در این باره تصریح می نماید: «هرگاه لویه جرگه با اکثریت دو ثلث کل اعضا طرح تعدیل را تصویب کند، بعد از توشیح رئیس جمهور نافذ می گردد.»

چنانچه ملاحظه می شود، برخلاف توشیح قانون اساسی پس از تصویب که حق تشریفاتی پادشاه و یا رئیس جمهور است، توشیح مصوبه طرح تعدیل به نظر می رسد که صلاحیت رئیس جمهور است و لذا رئیس جمهور می تواند از توشیح آن امتناع ورزد.

۲) محدودیت های بازنگری: محدودیت های بازنگری قانون اساسی افغانستان یا موضوعی، یا زمانی و یا به سبب اوضاع و احوال اند:

۱- محدودیت های موضوعی: محدودیت های موضوعی در بازنگری قانون اساسی در قانون اساسی ۱۳۴۳، قانون اساسی ۱۳۵۵، قانون اساسی ۱۳۶۶ نیز پیش بینی شده بود. طبق ماده ۱۲۱ قانون اساسی ۱۳۴۳ اصل پیروی از اساسات اسلام، پادشاهی مشروطه مطابق به احکام این قانون اساسی و ارزش های ماده هشتم قابل تعدیل نبود. مطابق ماده ۱۲۱ قانون اساسی ۱۳۵۵ اصل پیروی از اساسات اسلام و نظام جمهوری قابل تعدیل نبود. طبق قانون اساسی ۱۳۸۲ تعدیل اصل پیروی از احکام دین مقدس اسلام، نظام جمهوری اسلامی و حقوق اساسی اتباع مگر در صورتی که به منظور بهبود این حقوق باشد، قابل تعدیل نبود (ماده ۱۴۹).

۲) محدودیت های زمانی: طبق قانون اساسی ۱۳۸۲ افغانستان تعدیل قانون اساسی در دوره کفالت ریاست جمهوری جواز نداشت. بنابراین، کفیل ریاست جمهوری در این دوره نمی توانست قانون اساسی را تعدیل نماید (ماده ۶۷ قانون اساسی).

۳) محدودیت ها به سبب اوضاع و احوال: در مورد محدودیت ها به سبب اوضاع و احوال قوانین اساسی افغانستان به جز قانون اساسی ۱۳۶۶ و ۱۳۸۲ مسکوت بوده اند. طبق قانون اساسی ۱۳۶۶ تعدیل قانون اساسی در حالت اضطرار جواز نداشت (ماده ۱۴۱). طبق قانون اساسی ۱۳۸۲ نیز تعدیل قانون اساسی در دوره اعلان حالت اضطرار (ماده ۱۴۶ قانون اساسی) جواز نداشت.

۴) محدودیت های ابرازی و نهادی: تعدیل قانون اساسی طبق قانون اساسی ۱۳۸۲ از طریق همه پرسی جواز نداشت. ماده ۶۵ قانون اساسی در این باره حکم می نمود: «رئیس جمهور می تواند 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.» بدین ترتیب، بازنگری قانون اساسی باید طبق روش های معمول بازنگری صورت می گرفت.

مبحث پنجم) نسخ قانون اساسی

قوانین به شمول قوانین اساسی مانند حیوانات و نباتات دارای حیات اند که متولد می شوند و پس از آنکه مدتی زندگی می نمایند، می میرند. دوران حیات قانون به شمول قانون اساسی که دوران حکومت قانون نامیده می شود، از تاریخ نافذ شدن که زمان تولد آن است، شروع می شود و تا تاریخ انفاذ قانون ناسخ ادامه دارد و به وسیله آن نابود می گردد.^{۱۶۶}

مراجع و مراحل نسخ قوانین متفاوت است. در این مبحث تعریف نسخ (گفتار نخست)، انواع نسخ (گفتار دوم) و نسخ قانون اساسی (گفتار سوم) را ذیلاً مورد بحث قرار می دهیم و در فصل بعدی نسخ قوانین عادی، مقررات، لوایح و طرزالعمل ها را بررسی خواهیم کرد:

گفتار اول) تعریف

نسخ در لغت به معنای از بین بردن، باطل کردن، رد کردن، برگرداندن، از بین بردن و ازاله است.^{۱۶۷} در ادبیات حقوقی افغانستان به عوض کلمه نسخ بیشتر کلمه ملغی را استعمال می نمایند. در علم اصول نسخ را به «رَفْعُ الْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ بِدَلِيلٍ شَرْعِيِّ مُتَأَخِّرٍ» تعریف کرده اند. به عبارت دیگر: به رفع حکم پس از ثبوت آن نسخ می گویند.^{۱۶۸}

اما، حقوقدانان نسخ را عبارت است از اسقاط اعتبار یک قانون توسط قانون دیگر، آن هم توسط مرجع ای که به لحاظ قانون حق این کار را دارد می دانند. در این حالت قانون اسقاط شده را «منسوخ» و قانون اخیر را «ناسخ» می گویند.^{۱۶۹} ماده ۲ جزء ۱۰ مقرر طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در تعریف الغا می گفت: «ساقط ساختن اعتبار بعضی از احکام سند تقنینی نافذ یا ساقط ساختن اعتبار کل آن می باشد.» اما، ماده ۳ جزء ۲۸ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی در تعریف نسخ می گوید: «الغا ساقط نمودن اعتبار بعض یا کل سند تقنینی نافذ است.»

گفتار دوم) نسخ قانون اساسی در افغانستان

۱۶۶. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۹۱.
 ۱۶۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۵۲.

۱۶۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۱۹۴۹.

۱۶۹. صفر بیگ زاده (۱۳۸۷). شیوه نگارش قانون، چاپ دوم، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، ص ۱۷۷.

هرچند نسخ قانون اساسی پدیده استثنایی است، اما گاه اتفاق می افتد. در فرانسه تنها سه قانون سال های ۱۸۵۲، ۱۸۷۵ و ۱۹۴۱ مطابق اصول و قواعد حقوقی ملغی شده اند. در عوض، پیش آمده است که اجرای قانون اساسی در طی یک بحران شدید داخلی یا خارجی معلق شده است. در چنین حالات، مقامات بدون در نظر گرفتن قواعد ذکر شده در قانون اساسی قدرت دیکتاتوری را اعمال می کنند. به حیث مثال، در فرانسه در سال ۱۷۹۳، در برزیل در سال ۱۹۳۰ و در ایران در سال ۱۲۸۷ با تعلیق اجرای قانون اساسی، دوره استبداد و ترور حاکم شد.

اصولاً پس از سپری شدن مدت بحران، باید به اجرای دوباره قانون اساسی همت گماشت. اما، در عمل، اغلب از طریق یک کودتا که در آن قدرت از بالا و به وسیله یک شخص (بنابارت در سال هشتم انقلاب فرانسه) یا یک انقلاب که در آن قدرت از پایین توسط مردم سرنگون شده (سال های ۱۸۴۸ و ۱۸۷۰ در فرانسه و سال ۱۳۵۷ در ایران است) قانون پیشین را منسوخ اعلام کردند.^{۱۷۰}

در نظام حقوقی افغانستان نیز نسخ قانون اساسی یا در اثر تغییر رژیم یا کودتا صورت گرفته است. برخی قوانین اساسی نیز متروک و برخی در حالت تعلیق در آمده ند. به حیث مثال، نظامنامه اساسی دولت علیه افغانستان بعد از سقوط نظام امانی، متروک گردید، زیرا با سقوط نظام امانی این نظامنامه دیگر تطبیق نشد و اصولنامه اساسی دولت علیه افغانستان آن را نسخ نمود. اصولنامه اساسی دولت علیه افغانستان توسط قانون اساسی ۱۳۴۳ که به موجب آن نظام شاهی مطلقه به مشروطه تبدیل شد، نسخ گردید. در اثر کودتای محمد داؤد خان و تغییر نظام از شاهی مشروطه به جمهوری، قانون اساسی ۱۳۴۳ توسط قانون اساسی جمهوریت افغانستان مصوب ۵ حوت ۱۳۵۵ ملغی شد (ماده ۱۳۶).

با انقلاب ثور ۱۸۵۷ و تغییر نام نظام سیاسی از جمهوریت به جمهوری دموکراتیک، قانون اساسی ۱۳۵۵ به صورت غیرصریح توسط اصول اساسی جمهوری دموکراتیک افغانستان مصوب ثور ۱۳۵۹ ملغی شد (ماده ۶۶). با به قدرت رسیدن داکتر نجیب الله و تغییر نام نظام سیاسی از جمهوری دموکراتیک به جمهوری، اصول جمهوری دموکراتیک ملغی گردید (ماده ۱۴۸ قانون اساسی جمهوریت مصوب ۱۳۶۶ / ۹ / ۹). با سقوط نظام جمهوری داکتر نجیب الله و به قدرت رسیدن مجاهدین قانون اساسی ۱۳۶۶ در حالت تعلیق در آمد.

فصل سوم: قانون عادی

نوع دوم قانون در نظام حقوقی افغانستان قانون عادی است. در این فصل، تعریف قانون عادی (مبحث اول)، مبنا و حدود صلاحیت قانونگذاری شورای ملی (مبحث دوم)، پیشنهاد طرح قانون (مبحث سوم)، مشوره خواهی در مورد طرح قانون (مبحث چهارم)، تدقیق (مبحث پنجم)، تأیید توسط کمیته قوانین، شورای وزیران و کابینه (مبحث ششم)، تصویب شورای ملی (مبحث هفتم)، توشیح رئیس جمهور (مبحث هشتم)، نشر در جریده رسمی (مبحث نهم)، انفاذ (مبحث دهم) و تعدیل، نسخ، حذف و ایزاد قانون عادی (مبحث یازدهم) را مورد بحث قرار می دهیم.

مبحث اول) تعریف قانون عادی

در مورد قانون عادی به طور کلی سه تعریف وجود دارد: تعریف ماهوی، تعریف شکلی و تعریف ماهوی - شکلی:

گفتار اول) قانون عادی براساس معیار ماهوی

در تعریف ماهوی قانون عادی حقوقدانان متوجه ماهیت قانون عادی بوده اند نه مقام تصویب کننده آن. به مفهوم ماهوی، برخی حقوقدانان قانون عادی را چنین تعریف نموده اند: «قانون مجموعه قواعد رفتاری است که نحوه رفتار افراد و مناسبات میان آنها را در جامعه مشخص می سازد که این معنا به لحاظ عام بودنش با معنای لغوی قانون مشابهت دارد.» در این معنا قانون، فارغ از مقام تصویب کننده اش مورد نظر است و آنچه در آن اهمیت دارد، توجه اش به رفتار افراد و نتیجه ای است که در تنظیم امور اجتماعی دارد و هرگاه لفظ قانون به صورت اطلاق به کار رود مراد از آن، همین معناست.^{۱۷۱}

برخی دیگر از نویسندگان در این مورد می نویسند: «قانون در معانی متعدد استعمال می شود: ما راجع به قانون فزیک، حساب، علم، قوانین فوتبال و صحت صحبت می نماییم. وقتی ما راجع به قانون

۱۷۱. صفر بیگ زاده (۱۳۸۷). شیوه نگارش قانون، چاپ دوم، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، صص ۲۰ و

یک مملکت صحبت می نماییم، قانون را در مفهوم خاص و محدود استعمال می نماییم. در این مفهوم قانون: «قاعده رفتاری انسان است که در یک مملکت معین تحمیل و تنفیذ می شود.»^{۱۷۲}

به نظر می رسد این تعاریف از نظر ماهوی ناظر بر قوانین عادی است، زیرا موضوع این تعاریف انسان و رفتار اجتماعی انسان است نه دولت و تشکیلات و وظایف دولت. گذشته از این، این تعاریف ناقص به نظر می رسد، زیرا آنچه در این تعاریف از نظر ماهوی مطرح نظر است، رفتار اجتماعی انسان؛ یعنی: شخص حقیقی است؛ در حالی که امروزه اشخاص حکمی چه در ساحة حقوق خصوصی، چه در ساحة حقوق عامه و چه در ساحة حقوق بین الملل یکی از تابعین حقوق اند. اهمیت شخص حکمی اعم از عمومی و خصوصی امروزه در علم حقوق به اندازه ای است که حتی قوانین اساسی ممالک جهان از جمله افغانستان به تنظیم تشکیل و روابط قوای سه گانه که شخصیت حکمی عامه تلقی می شوند، پرداخته است.

همچنین، در نظام حقوقی افغانستان قوانین عادی متعدد، مانند قانون تشکیلات اساسی، قانون احزاب سیاسی و سازمان های اجتماعی، قانون ارگان های محل، قانون مؤسسات غیر دولتی و امثال اینها به تنظیم احکام اشخاص حکمی پرداخته اند. بنابراین، ایجاد، اجرای فعالیت و انحلال اشخاص حقوقی براساس قوانین صورت می گیرد. امروزه باید تعریفی از قانون ارایه کرد که نه تنها متوجه رفتار شخص حقیقی، بلکه متوجه رفتار شخص حکمی در حوزه های مختلف حقوق نیز باشد. همچنین، در این تعاریف به شکلیات و نهاد واضح و تصویب کننده قانون توجه نشده است.

گفتار دوم) قانون عادی براساس معیار شکلی

در تعریف شکلی قانون عادی، حقوقدانان به فرایند وضع و تصویب و نهاد واضح و تصویب کننده قانون توجه دارند. در این مفهوم، داکتر منوچهر طباطبایی مؤتمنی قانون عادی را چنین تعریف کرده است: «قانون در معنی خاص به کلیه قواعد لازم الاجرائی گفته می شود که توسط قوه مقننه تصویب و به موقع اجراء گذاشته می شود.»^{۱۷۳}

داکتر لنگرودی نیز در این مورد می نویسد: «قانون عبارت است از قاعده ای که مراجع قانونگذار تصویب می کند.»^{۱۷۴} همچنین، روسو از نظر شکلی در تعریف قانون می گوید که: «قانون بیان اراده عمومی است.»^{۱۷۵} این تعریف که قانون بیان اراده عمومی است در گذشته در یونان باستان که مردم مستقیماً قانون وضع می کردند و در دموکراسی های مستقیم مانند برخی کانتون های سویس که مردم

172. D. L. A. Barker and C. Padfield (1375). Law, 1st edi, Tehran: Arian bookshop, p 1.

۱۷۳. منوچهر طباطبایی مؤتمنی (۱۳۸۰). حقوق اساسی، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۱۰۹.

۱۷۴. محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۴)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه شماره ۱۰۵۹۰.

175. John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (1380). Principles of French law, 1st edi, Tehran: Dadqaster publication, p 15.

مستقیماً قانون وضع می کنند، صحیح است. اما، امروزه این تعریف ناقص به نظر می رسد، زیرا در نظام های حقوقی مختلط مانند فرانسه، جمهوری اسلامی ایران و جمهوری اسلامی افغانستان اراده حکومت نقش اساسی در تدوین و ماهیت قانون دارد. در این گونه نظام ها اراده، پالیسی ها و نظریات حکومت به طور قطعی از طریق مأمورین حکومت انعکاس می یابد. در دموکراسی های غیرمستقیم که قانون توسط نمایندگان مجلس وضع می شود، نیز آن طور که روسو ادعا می نماید، قانون بیان اراده عمومی نیست، بلکه بیان اراده نمایندگان است که عقاید شخصی، گرایش های حزبی، گروهی، قومی، سیاسی و ... آنها بدون شک در قانون انعکاس می یابد.

باآنکه مناسب ترین تعریف قانون عادی، تعریف قانون عادی براساس معیار شکلی است، زیرا از نظر شکلی قانون عادی بر مصوبه قوه مقننه اطلاق می شود، اما تعریف قانون عادی از نظر شکلی نیز ناقص به نظر می رسد، زیرا صرف به فرایند وضع و تصویب و نهاد واضح و تصویب کننده قانون توجه داشته و به ماهیت قانون که چه مسأله را تنظیم می نماید توجه نداشته است. از نظر شکلی، در نظم حقوقی افغانستان، قانون برای اولین بار در قانون اساسی ۱۳۴۳ تعریف شده است. ماده ۶۹ قانون اساسی ۱۳۴۳ از نظر شکلی در تعریف قانون می گفت: «به استثنای حالاتی که برای آن طرزالعمل خاص در این قانون اساسی تصریح گردیده، قانون عبارت است از مصوبه موافق هر دو جرگه که به توشیح پادشاه باشد. در ساحه ای که چنین مصوبه وجود نداشته باشد قانون عبارت است از احکام فقه حنفی شریعت اسلام.».

این تعریف جالب است. طبق این تعریف در مورد قانون، اصل و استثنای وجود داشت. اصل این بود که مصوبه هر دو مجلس که به توشیح پادشاه می رسید، قانون بود. اما، به طور استثنایی، مصوبه هیأت مختلط (ماده ۱۷۴ قانون اساسی ۱۳۴۳)، سند بودجه (ماده ۷۵ قانون اساسی ۱۳۴۳) نیز قانون تلقی می شد. در صورت عدم موجودیت این قوانین، فقه حنفی نیز به طور استثنایی قانون تلقی می شد. از این تعریف نویسندگان قانون اساسی ۱۳۵۵ نیز الهام گرفتند. ماده ۶۳ قانون اساسی جمهوریت در تعریف قانون از نظر شکلی می گفت: «قانون عبارت است از مصوبه ملی جرگه که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد.».

ماده ۹۶ قانون اساسی ۱۳۶۶ در تعریف قانون می گفت: «تصمیم شورای ملی بعد از توشیح رئیس جمهور نافذ می گردد. در صورتی که رئیس جمهور به تصمیم شورای ملی موافقه نداشته باشد، می تواند آن را در ظرف سی روز از تاریخ تقدیم با ذکر دلایل به شورای ملی مسترد نماید. با سپری شدن مدت سی روز و همچنین در صورتی که شورای ملی در اجلاس آینده آن را مجدداً به دو ثلث آرای اعضا تصویب نماید، تصمیم نافذ شمرده می شود و رئیس جمهور آن را توشیح می نماید.».

این تعریف با اندکی تغییر مورد تقلید نویسندگان قانون اساسی ۱۳۸۲ قرار گرفته است. ماده ۹۴ ق. ا که نسخه برداری ماده ۶۹ قانون اساسی ۱۳۶۶ با اندکی تغییر است از نظر شکلی در تعریف قانون

مقرر می داشت: «قانون عبارت است از مصوبه هر دو مجلس شورای ملی که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد، مگر اینکه در این قانون اساسی طوری دیگری 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 اعضاء تصویب نماید، مصوبه توشیح شده محسوب و نافذ می گردد.» طبق نص این ماده که در کمیسیون تدقیق و لویه جرگه به اتفاق آراء مورد تأیید قرار گرفت،^{۱۷۶} یک اصل در مورد تعریف قانون وجود داشت و شش استثنی: طبق این ماده اصل این بود که قانون از نظر شکلی مصوبه مجلسین شورای ملی بود که به توشیح رئیس جمهور رسد. اما، به طور استثنایی موارد ذیل مشمول تعریف قانون به مفهوم خاص می شد:

۱- در صورتی که رئیس جمهور با مصوبه شورای ملی موافقه نداشته، باید آن را با ذکر دلایل به ولسی جرگه مسترد نماید. در صورت عدم استرداد و انقضای پانزده روز، مصوبه توشیح شده پنداشته شده و قانون تلقی می شد.

۲- در صورتی که قبل از انقضای ۱۵ روز رئیس جمهور، مصوبه شورای ملی را با ذکر دلایل رد و به ولسی جرگه مسترد نماید، اما ولسی جرگه آن را مجدداً با دو ثلث آرای کل اعضاء به تصویب رساند، مصوبه توشیح شده محسوب می گردد و نافذ است. به نظر می رسد در این دو حالت، مصوبه شورای ملی قبل از انتشار نافذ بود.

۳- استثنای سوم راجع به سند بودجه بود (ماده ۹۸ و ماده ۹۰ بند ۲ ق. ۱) که مشرانو جرگه در مورد آن نظر مشورتی ارایه می نمود و ولسی جرگه آن را تصویب می کرد که تفصیل آن در فصل بودجه خواهد آمد.

۴- استثنای چهارم مصوبه هیئت مختلط بود که تفصیل آن در این فصل خواهد آمد.

۵- به نظر می رسد استثنای پنجم فرمان تقنینی قبل از تصویب شورای ملی بود که قبل از تصویب در حکم قانون (قانون حکمی) بود که تفصیل آن در فصل فرمان خواهد آمد.

۶- به نظر می رسد استثنای ششم تصدیق معاهدات بین المللی توسط شورای ملی بود که تفصیل آن در فصل معاهدات خواهد آمد.

گفتار سوم) نتیجه گیری در مورد قانون عادی

با توجه به آنچه گفته شد و با توجه به این که امروزه نه تنها شخص حقیقی، بلکه شخص حکمی نیز یکی از تابعین حقوق است و با توجه به ماهیت و شکل قانون و نهاد واضع و تصویب کننده آن به نظر می رسد: «قانون عادی مجموعه قواعدی است که توسط قوه مقننه وضع و تصویب می شود و زندگی و

۱۷۶. ____ (حوت ۱۳۸۲). قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح، جلد (۱)، کابل: دارالانشای قانون اساسی، ص ۳۵۶.

فعالیت اشخاص حقیقی و حکمی را تنظیم می نماید و دارای ضمانت اجراء است.». براساس این تعریف:

اولاً: قانون قاعده ای است توسط پارلمان تصویب می شود.

ثانیاً: قانون نه تنها زندگی اشخاص حقیقی (انسان)، بلکه ایجاد، فعالیت و انحلال شخصیت های حکمی اعم از عامه و خصوصی را تنظیم می نماید. بنابراین، طبق این تعریف قانون مختص تنظیم زندگی انسان ها نیست.

ثالثاً: قانون برای این که از سایر قواعد تفکیک شود، دارای ضمانت اجراء است که توسط دولت تضمین و اجرا می شود. به نظر می رسد با توجه به این تعریف ماده ۳ جزء ۲ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی در تعریف قانون در مفهوم ماهوی- شکلی می گوید: «قانون مجموعه قواعد عام و الزام آور است که به منظور تنظیم امور عامه توسط مرجع ذیصلاح مطابق حکم ماده ۹۴ قانون اساسی وضع، تصویب و طی مراحل گردیده است.».

مبحث دوم) مبنا و حدود صلاحیت قانونگذاری شورای ملی

گفتار اول) مبنای صلاحیت قانونگذاری شورای ملی

عمدتاً برای دولت سه گونه صلاحیت حقوقی بر می شمارند که عبارت اند از: صلاحیت قانونگذاری، اجرایی و قضایی. بنابراین، در این راستا، سه نهاد تأسیسی به وجود می آید: قوه مقننه، مجریه و قضائیه. در ادامه، این اندیشه مطرح می شود که چنین اختیاراتی نمی تواند توسط قوای سه گانه به نهاد دیگر واگذار شوند مگر اینکه قوه مؤسس آن را به طور مشخص پیش بینی کرده و یا مجاز دانسته باشد.^{۱۷۷}

پرسش این است که تخصیص اختیارات این سه قوه چگونه صورت می گیرد؟ در پاسخ به این پرسش کاره دو مالبرگ می نویسد: «اندیشه تفکیک قوا باید لزوماً به نظریه قوه مؤسس منتهی شود. بنابراین، منطقاً باید به وجود قوه ای برتر و مقدم بر این سه قوه قایل بود که صلاحیت تخصیص اختیارات میان اینها را دارد. وی ادامه می دهد: نظریه تفکیک قوا راه را برای نظریه قوه مؤسس می گشاید و این قوه مؤسس است که به وسیله قانون اساسی، صلاحیت های سه قوه را تعیین می کند.

به عبارت دیگر: اختیارات سه قوه ناشی از قانون اساسی است که قوه مؤسس با تصویب و بازنگری در قانون اساسی، اختیاراتی را به این سه قوه اختصاص می دهد. بنابراین، قوای تأسیسی، قوای دولتی هستند که تشکیلات و صلاحیت شان به وسیله قانون اساسی تعیین شده است. لذا، این قوا، قوایی هستند که به اجرای صلاحیت های حقوقی مختلف دولت در چهارچوب قانون اساسی می پردازند.».^{۱۷۸}

۱۷۷. بیژن عباسی (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: جنگل، ص ۶۳.

۱۷۸. همان، بیژن عباسی، ص ۶۲.

گفتار دوم) حدود صلاحیت قانونگذاری شورای ملی

پرسش این است که حدود اختیارات شورای ملی که یکی از قوای تأسیسی بود در قانون اساسی ۱۳۸۲ افغانستان چگونه پیش بینی شده بود؟ در پاسخ باید گفت که در نظام حقوقی افغانستان صلاحیت شورای ملی در امور قانونگذاری توسط قوه مؤسس به صورت واضح تعیین نشده بود. ماده ۹۰ قانون اساسی ۱۳۸۲ در مورد صلاحیت قانونگذاری شورای ملی تصریح می نمود: «شورای ملی دارای صلاحیت های ذیل می باشد:

- ۱- تصویب، تعدیل یا لغو قوانین و یا فرامین تقنینی؛
- ۲- تصویب پروگرام های انکشافی اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و تکنالوژیکی؛
- ۳- تصویب بودجه دولتی و اجازه اخذ یا اعطای قرضه؛
- ۴- ایجاد واحدهای اداری، تعدیل و یا الغای آن؛
- ۵- تصدیق معاهدات و میثاق های بین المللی یا فسخ الحاق افغانستان به آن.» از نص این ماده به خوبی بر می یابد که شورای ملی صلاحیت تصویب، تعدیل، لغو قوانین عادی و فرامین تقنینی، تصویب بودجه و تصدیق معاهدات و میثاق های بین المللی یا فسخ الحاق افغانستان به آن ها را داشت. همچنین، شورای ملی به رغم این که پروگرام های انکشافی اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و تکنالوژیکی و اجازه اخذ و اعطای قرضه قانون نیستند، صلاحیت تصویب آنها را داشت. همچنین، طبق ماده ۹۰ ق. شورای ملی صلاحیت ایجاد واحدهای اداری، تعدیل و یا الغای آن را داشت.

از آنچه گفته شد، به این نتیجه می رسیم که شورای ملی صلاحیت تصویب، تعدیل و لغو قوانین عادی را داشت و فرامین تقنینی بودجه و معاهدات پس از تصویب و تصدیق شورای ملی در حکم قانون عادی بودند، اما حوزه هایی را که شورای ملی می توانست در آنها قانونگذاری نماید، در ق. ۱ به خوبی بیان و تعیین نشده بود. در برخی نظام های حقوقی، به عنوان مثال، فرانسه حدود صلاحیت قانونگذاری پارلمان به خوبی روشن شده است. در فرانسه به طور سنتی قلمرو قانون نامحدود و پارلمان از صلاحیت عام برخوردار بود؛ به این معنی که در خصوص هر موضوعی می توانست قانون وضع کند. اما، قانون اساسی ۱۹۵۸ این قلمرو را محدود کرد و مواردی را که پارلمان صلاحیت قانونگذاری در خصوص آنها را دارد، به صورت حصری بیان کرده است. این موارد، به موجب ماده ۳۴ قانون مذکور، بر دو دسته هستند:

دسته نخست موضوعاتی هستند که پارلمان احکام تفصیلی آنها را بیان می کند به نوعی که دولت آنها را همان گونه تصویب شده اند و بدون نیاز به مقررۀ اجرایی، به اجرا در آورد. این موارد عبارت اند از: حقوق سیاسی و اجتماعی و تضمینات بنیادی مقرر برای آزادی های شهروندان، تابعیت، احوال شخصیه، اهلیت و احکام مربوط به نکاح، ارث، هبه، جرایم، مجازات ها و تشکیلات دادگستری، نرخ و روش حصول مالیات، نشر پول، نظام انتخاباتی مجالس قوه مقننه و شورا های محلی، ایجاد مؤسسات

عمومی، تأمین های شغلی مقرر برای کارکنان دولتی و اردو، ملی کردن نهاد ها و انتقال مالکیت نهادهای عمومی به بخش خصوصی.

دسته دوم شامل موضوعاتی می شود که پارلمان به بیان «اصول کلی» در خصوص آنها اکتفا می کند. تعیین جزئیات و تنظیم احکام تفصیلی آنها در چهارچوب اصول مقرر به وسیله قانون در صلاحیت دولت است. موارد زیر در این دسته جای می گیرند: سازمان دادن دفاع ملی، خودگردانی واحد های محلی و تعیین صلاحیت ها و منابع مالی و انسانی آنها، تعلیم و تربیه، نظام مالکیت، حقوق عینی و تعهدات مدنی و تجارتي، حقوق کار، سندیکاها و تأمین اجتماعی.

علاوه بر موارد فوق، ماده ۳۴ اضافه می کند که قوانین مالی، عواید و مصارف کشور را مشخص می کند و قوانین برنامه ای، اهداف و اقدامات اقتصادی و اجتماعی کشور را تعیین می نمایند و به این ترتیب این موارد نیز در قلمرو قانون بوده و در نتیجه در صلاحیت پارلمان قرار می گیرند. اگرچه از سیاق ماده ۳۴ قانون اساسی حصری بودن صلاحیت های پارلمان کاملاً قابل استنباط است، اما ماده ۳۷ همان قانون اساسی، برای رفع هر گونه ابهام، مقرر داشته است که جز آنچه در ماده ۳۴ آمده است، بقیه موارد در قلمرو مقرر قرار دارد و قوه مجریه می تواند در خصوص آنها مقررات وضع کند.^{۱۷۹}

آنچه مسلم است این است که تعیین جرایم و مجازات مطابق اصل قانونیت جرایم و مجازات ها (ماده ۲۷ ق. ۱) و تعیین مقدار مالیات و محصول (ماده ۴۲ ق. ۱) از صلاحیت های شورای ملی بود. اما، به نظر می رسد با توجه به عدم تعیین حوزه قانونگذاری، شورای ملی می تواند در هر حوزه قانونگذاری نماید.

مبحث سوم) تسوید و پیشنهاد طرح قانون

در نظام های ریاستی صرف قوه مقننه در فرایند وضع قوانین عادی مشارکت می کند، مانند: نظام ریاستی ایالات متحده آمریکا.^{۱۸۰} برعکس، در نظام های پارلمانی قوه مجریه نیز می تواند در فرایند وضع قوانین عادی مشارکت نماید و طرح قانون را فراهم و به قوه مقننه ارایه نماید.^{۱۸۱} در این نظام ها، قوه مجریه از صلاحیت مشارکت در فرایند تدقیق قوانین عادی به منظور ارایه مواضع و نقطه نظرات حکومت در پارلمان برخوردار است.

هم در نظام های پارلمانی و هم در نظام های ریاستی و هم در نظام های نیمه ریاستی - نیمه پارلمانی صلاحیت وضع قانون عادی صرف برای قوه مقننه پیش بینی می شود. در نظام های نیمه ریاستی نیمه پارلمانی (مختلط) مانند فرانسه قوه مجریه و قوه مقننه می توانند مسوده قانون را فراهم

۱۷۹. کمال الدین هریسی نژاد (۱۳۹۰). حقوق اساسی تطبیقی، چاپ دوم، تبریز: آیدین، صص ۲۰۰ و ۲۰۱.

۱۸۰. همان، کمال الدین هریسی نژاد، ص ۱۴۵.

۱۸۱. همان، کمال الدین هریسی نژاد، صص ۳۳ و ۳۴.

نمایند با این تفکیک که: در صورتی که مسوده توسط قوه مجریه فراهم شود، به آن لایحه قانونی و در صورتی که مسوده توسط قوه مقننه فراهم شود، به آن طرح قانونی می‌گویند.^{۱۸۲}

پرسش این است که آیا در نظام حقوقی افغانستان علاوه بر قوه مقننه، قوه مجریه نیز می‌تواند مسوده پیشنهاد قانون را فراهم نماید؟ پرسش دیگر این است که آیا در نظام حقوقی افغانستان میان طرح قانونی و لایحه قانونی تفاوت وجود دارد؟ در پاسخ به سؤال اول باید گفت که: در نظام حقوقی افغانستان هر یک از قوای سه‌گانه می‌توانست با رعایت شرایط و حدودی با پیشنهاد یک طرح قانونی، روند قانونگذاری را آغاز نمایند. سپس این طرح مرحله تدقیق توسط وزارت عدلیه، تأیید کابینه، تصویب ولسی و مشرانو جرگه، توشیح رئیس‌جمهور، نشر در جریده رسمی و انفاذ را طی نماید. این خصوصیت را نویسندگان قانون اساسی افغانستان از نظام‌های مختلط به عاریت گرفته بودند.

در پاسخ به سؤال دوم باید گفت: در نظام حقوقی افغانستان میان طرح قانونی و لایحه قانونی تفکیکی وجود ندارد. بنابراین، مسوده قوه مجریه و قوه مقننه را در نظام حقوقی افغانستان طرح قانونی می‌گفتند با این تفکیک: به طرح قانون توسط حکومت «طرح» و به طرح قانون توسط اعضای شورای ملی «طرح تقنینی اعضا» می‌گفتند (ماده ۲ اجزاء ۷ و ۸ اصول وظایف داخلی ولسی جرگه). در این مبحث تسوید قانون توسط حکومت (گفتار اول)، تسوید قانون توسط ستره محکمه (گفتار دوم) و تسوید قانون توسط شورای ملی (گفتار سوم) را مورد بحث قرار می‌دهیم:

گفتار اول) تسوید و پیشنهاد توسط حکومت

تسوید قانون توسط حکومت را نویسندگان ق. ا از نظام‌های پارلمانی و مختلط اقتباس کردند. بنابراین، در نظام حقوقی افغانستان حکومت (قوه مجریه) می‌توانست طرح قانون را فراهم نماید. به این صلاحیت قوه مجریه در احکام متعدد ق. ا اشاره شده بود. ماده ۹۵ ق. ا در این مورد تصریح می‌نمود: «پیشنهاد طرح قانون از طرف حکومت [...] صورت گرفته می‌تواند. پیشنهاد طرح قانون در مورد بودجه و امور مالی صرف از طرف حکومت صورت می‌گیرد.»

طبق حکم این ماده که از مواد ۷۰ و ۷۱ قانون اساسی ۱۳۴۳ الهام گرفته بود و در کمیسیون تدقیق به اتفاق آراء مورد تأیید قرار گرفت^{۱۸۳} حکومت می‌توانست طرح قانونی را به شورای ملی تقدیم نماید. آنچه مسلم است این است که این طرح نباید در «ساحه تنظیم امور قضایی» مثلاً تشکیلات و صلاحیت محاکم می‌بود، زیرا چنانچه بحث آن در گفتار بعدی خواهد آمد، صرف ستره محکمه صلاحیت ترتیب طرح قانونی در این زمینه را داشت.

۱۸۲. همان، کمال‌الدین هریسی نژاد، ص ۱۷۶.

۱۸۳. ____ (حوت ۱۳۸۲). قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح، جلد (۱)، کابل: دارالانشای قانون اساسی، ص ۳۵۸.

پرسش این است که چرا حکومت نمی‌توانست طرح قانون را در ساحة تنظیم امور قضایی فراهم نماید؟ در پاسخ به این پرسش به نظر می‌رسد که علت این امر تأمین استقلال قوه قضائیه بود، زیرا این امر می‌توانست تا حدودی استقلال قوه قضائیه را تأمین نماید. همچنین، طبق این ماده صرف حکومت می‌توانست طرح قانونی را در مورد امور بودجه و امور مالی به شورای ملی تقدیم نماید، زیرا ترتیب و تنظیم بودجه از صلاحیت‌های حکومت بود (ماده ۷۵ فقره ۴ قانون اساسی و ماده ۶ فقره ۳ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی).

پرسش این است که آیا حکومت می‌توانست طرح قانونی را در مورد مسایلی که متعلق به شورای ملی بود، به شورای ملی تقدیم نماید؟ مسایلی که متعلق به بخش اداری، به حیث مثال، کارکنان اداری شورای ملی، مسایل تدارکاتی شورای ملی و امثال اینها می‌شد، بدون شک، حکومت می‌توانست طرح قانونی را به شورای ملی تقدیم نماید، مانند طرح قانون کارکنان خدمات ملکی، طرح قانون کار، طرح قانون تدارکات و امثال اینها که به شورای ملی توسط حکومت تقدیم شده بودند.

با توجه به اطلاق نص ماده ۹۵ قانون اساسی به نظر می‌رسد که حکومت می‌توانست طرح قانونی در باره مسایلی که مربوط به بخش غیراداری ولسی و مشرانو جرگه نیز می‌شد، مانند: طرح قانونی در مورد امتیازات نمایندگان و سناتوران و امثال اینها به شورای ملی تقدیم نماید. در روشنایی حکم ماده ۹۵ قانون اساسی ۱۳۸۲، حکومت از طریق نهاد‌های مختلف که شامل وزارت، ادارات مستقل و کمیسیون‌های مستقل می‌شد، طرح قانون را در ساحة کاری خویش فراهم می‌نمود.

به عنوان مثال، هر یک از وزارت‌های حکومت، ادارات مستقل (مثلاً اداره مستقل ارگان‌های محل)، کمیسیون‌های مستقل (مثلاً کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی) در عمل مسوده را فراهم می‌نمودند. به طور کلی، در افغانستان بیست و چهار وزارت، چهار کمیسیون مستقل و چهارده اداره مستقل در قوه مجریه وجود داشت و هر یک از این نهادها می‌توانستند طرح قانون را در ساحة کاری خویش تسوید نمایند. در عمل، برای این که فرایند مسوده نویسی شروع شود، در ادارات معمولاً مراحل ذیل رعایت می‌شد:

- ۱) تشخیص و پیدا کردن مشکل حقوقی که در خصوص آن قانون وجود نداشته باشد؛
- ۲) پیدا کردن خلا حقوقی در مورد مشکل، زیرا در صورتی که برای حل مشکل قانون وجود داشته باشد، نیازی برای پیشنهاد قانون جدید نیست، بلکه باید کوشش صورت بگیرد تا قانون تطبیق شود.
- ۳) صحبت کردن با آمرین براساس سلسله مراتب به منظور گرفتن تأیید آنها.
- ۴) تهیه طرح پالیسی قانون که در برگیرنده مقدمه، شناسایی مشکلات و خلا قانون، ارایه راه حل و شناسایی مرجع تطبیق طرح قانون باشد؛
- ۵) تشکیل کمیته کاری مرکب از متخصصین و شروع نوشتن طرح قانون. در خصوص ایجاد کمیته کاری چهار حالت طبق قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی متصور است:

۱- ادارهٔ مربوط برای تسوید سند تقنینی باید کمیونی را که متشکل از متخصصین و کارمندان با تجربه باشد ایجاد نماید که مثال آن در بالا گذشت. لذا، این حکم در حالاتی قابل تطبیق است که سند تقنینی مربوط یک اداره شود.

۲- در صورتی که سند تقنینی مربوط چندین اداره شود مانند قانون کار کمیسیون مختلط براساس تصمیم ادارات تشکیل می شود. در این صورت، اداره ای که بیشتر قانون مربوط آن می شود، رهبری کمیته را برعهده باید بگیرد.

۳- رئیس جمهور و کابینه می توانستند برای تسوید قوانینی که عام و با اهمیت باشند، کمیسیون تسوید را ایجاد نمایند.

۴- انستیتوت قانونگذاری وزارت عدلیه می تواند سند تقنینی دارای ماهیت عام و با اهمیت را تسوید و طی مراحل نماید.

در دوره اول حکومت طالبان طرح قانون معمولاً توسط اداره ای که به آن ضرورت داشت تسوید می شد. همچنین، طرح قانون توسط وزارت عدلیه تهیه می شد. در دورهٔ اول حکومت طالبان شورای ملی وجود نداشت. در دورهٔ دوم نیز چنین است و ادارات یا وزارت عدلیه قوانین مورد نیاز را تسوید می نمایند.

گفتار دوم) پیشنهاد توسط ستره محکمه

ستره محکمه می توانست در ساحه تنظیم امور قضایی قانون را تسوید نماید. این صلاحیت ستره محکمه ج. ا. ا در مادهٔ ۹۵ ق. ا پیش بینی شده بود. این ماده تصریح می نمود: «پیشنهاد طرح قانون از طرف حکومت یا اعضای شورا و در ساحه تنظیم امور قضایی از طرف ستره محکمه توسط حکومت صورت گرفته می تواند. پیشنهاد طرح قانون در مورد بودجه و امور مالی صرف از طرف حکومت صورت می گیرد.» این صلاحیت ستره محکمه ج. ا. ا در بند ۲ ماده ۲۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم نیز پیش بینی شده است. این ماده تصریح می نماید: «ستره محکمه در ساحهٔ تفسیر قوانین و امور قضایی دارای وظایف و صلاحیت های ذیل است:

[۱-...];

۲- پیشنهاد طرح قانون در ساحهٔ تنظیم امور قضایی به شورای ملی از طریق حکومت.».

با توجه نصوص این مواد، سه پرسش قابل طرح است: اول این که منظور از «ساحهٔ تنظیم امور قضایی» چیست؟ دوم این که آیا حکومت و اعضای شورای ملی نیز می توانستند طرح قانونی را در ساحهٔ امور قضایی به شورای تقدیم کنند؟ سوم این که طرح قانونی توسط ستره محکمه چگونه صورت

می پذیرفت؟ در پاسخ به سؤال اول باید گفت: عبارت «ساحه تنظیم امور قضایی» مبهم به نظر می رسد. در کمیسیون تدقیق و لویه جرگه تصویب قانون اساسی در این مورد بحثی صورت نگرفت.^{۱۸۴} اما، به نظر می رسد منظور از عبارت «ساحه تنظیم امور قضایی» موضوعاتی بود که مربوط تشکیلات و صلاحیت های ستره محکمه، استخدام قضات، کورس ستاژ قضایی، آموزش داخل خدمت قضات، ترفیع، تقاعد، محاکمه قضات عادی و امثال اینها می شد. عبارت «ساحه تنظیم امور قضایی» در قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی ۱۳۹۵ نیز تعریف نشده است. در ماده ۶ این قانون پیش بینی شده است که ستره محکمه صلاحیت طرح قانون در «ساحه قضایی» را دارد که از طریق حکومت به شورای ملی پیشنهاد می گردد. در پاسخ به پرسش دوم باید گفت: به نظر می رسد به رغم پذیرش نظریه تفکیک نسبی قواء در ق.ا، شورای ملی و حکومت نمی توانستند در موضوعاتی که مربوط به «ساحه تنظیم امور قضایی» می شد طرح قانونی را فراهم نمایند، زیرا این امر خلاف صراحت نص ماده ۹۵ قانون اساسی ۱۳۸۲ بود.

در پاسخ به سؤال سوم باید گفت که: طرح قانونی در مورد «ساحه تنظیم امور قضایی» توسط ریاست تدقیق و مطالعات ستره محکمه تهیه، توسط شورای عالی ستره محکمه ج.ا.ا تأیید، توسط وزارت عدلیه تدقیق، توسط کابینه تأیید و از طریق وزارت دولت در امور پارلمانی به شورای ملی تقدیم می شد. این حکم قبل از سال ۱۳۹۵ مدون نشده بود. اما، ماده ۶ فقره ۲ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی در این خصوص می گوید: «(۲) ستره محکمه طرح قانون در ساحه قضایی را از طریق حکومت، غرض تصویب به شورای ملی پیشنهاد می نماید.»

گفتار سوم) پیشنهاد توسط شورای ملی

اعضای ولسی و مشرانو جرگه نیز می توانستند طرح قانون را پیشنهاد نمایند. منتها، علاوه بر این که این طرح نباید در ساحه تنظیم امور قضایی می بود، مطابق مواد ۹۵ و ۹۷ قانون اساسی، باید چهار شرط رعایت می گردید:

اولاً این که در امور مالی و بودجه نمی بود، زیرا طرح سند بودجه از وظایف حکومت بود. ماده ۶ فقره ۳ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی در این خصوص حکم می نماید: «(۳) پیشنهاد طرح قانون در مورد بودجه و امور مالی، صرف از صلاحیت حکومت است.»

ثانیاً این که تعداد اعضای پیشنهاد دهنده از ده نفر کمتر نمی بود؛

ثالثاً این که یک پنجم اعضای همان مجلس آن پیشنهاد را تأیید می کردند؛ و

رابعاً این که اعضای پیشنهاد کننده یادداشت توضیحی مبنی بر ضرورت طرح قانون را فراهم می کرد. ماده ۹۷ قانون اساسی در این باره تصریح می نمود: «[...] 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 ارایه شده است، در فهرست کار آن مجلس داخل می گردد. این صلاحیت شورای ملی در ماده ۷۷ بند ۲ اصول وظایف داخلی ولسی جرگه نیز پیش بینی شده بود که تصریح می نمود: «جرگه نیز می تواند طرح قانون را توسط ده نفر از اعضای خویش با انضمام یادداشت توضیحی مبنی بر ضرورت طرح قانون و امضای اعضای پیشنهاد کننده به ریاست جرگه تسلیم نماید.»

این صلاحیت به شورای ملی در اصول وظایف داخلی مشرانو جرگه نیز پیش بینی شده بود. ماده ۷۸ اصول وظایف داخلی مشرانو جرگه در این باره تصریح می نمود: «مشرانو جرگه صلاحیت دارد طرح یک قانون را توسط ده نفر از اعضای خویش با انضمام یادداشت توضیحی مبنی بر ضرورت طرح قانون و امضای اعضای پیشنهاد کننده مطابق ماده ۹۷ قانون اساسی در فهرست کار مجلس شامل نماید.»

همچنین، این صلاحیت در ماده ۶ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی پیش بینی شده است. پیش بینی یک حکم با محتوای مشابه در چندین سند تقنینی بدون این که اسناد تقنینی فروتر جزئیات ارایه بدهند محل ایراد به نظر می رسد، زیرا این امر باعث پیچیدگی و سردرگمی و تعدد اسناد تقنینی می شود و فایده ای ندارد. با توجه به این احکام، این سؤال قابل طرح است که هرگاه طرح پیشنهاد اعضای شورای ملی از طرف سایر اعضا رد می شد، تکلیف چیست؟ در رابطه به پاسخ سؤال ماده ۹۳ اصول وظایف مشرانو جرگه تصریح می نمود: «[...] هرگاه طرح قانون اعضا از جانب جرگه مربوطه شان رد گردد، چنین طرح در آجدای مجلس درج شده نمی تواند.»

در دوره اول حکومت طالبان شورای ملی وجود نداشت. طرح قوانین توسط حکومت تهیه، توسط وزارت عدلیه تدقیق، توسط شورای وزیران تصویب و توسط فرمان امیرالمؤمنین نافذ می شد. در دور دوم حکومت طالبان نیز شورای ملی وجود ندارد و پیشنهاد طرح قانون شبیه دور اول است.

مبحث چهارم) مشوره خواهی

بعد از تهیه مسوده ابتدایی اداره مربوطه باید سند تقنینی را غرض غنامندی به ادارات دیگر و جامعه مدنی سهیم نماید. طبق رویه عملی معمولاً اداره مربوط مسوده سند تقنینی را طی مکتوب به ادارات مربوط می فرستد. سپس، اداره مربوط ورکشاپ (جلسه مشوره خواهی) را دایر می نماید. نماینده ادارات در ورکشاپ اشتراک می نمایند و نظریات خویش را در مورد طرح سند تقنینی ارایه می نمایند. اداره مربوط نظریات اشتراک کننده ها را توحید و در صورت ضرورت درج سند تقنینی می نمایند.

برخی ادارات نظریات شان را طی مکتوب به اداره مربوط می فرستند. ماده ۲۰ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در این خصوص حکم می نماید: «کمسیون موظف تهیه مسوده می تواند، به منظور غنامندی مسوده سند تقنینی، در جریان تهیه مسوده از متخصصین نهاد های علمی و تحقیقی دولتی و غیردولتی و نمایندگان جامعه مدنی دعوت و جلسات مشورتی دایر نماید.» همچنین، در صورت لزوم، طبق ماده ۲۱ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی: «اداره می تواند در مواردی که

تطبیق قانون پیامد های اجتماعی دارد، مسوده ابتدایی سند تقنینی را از طریق وب سایت مربوط و یا سایر وسایل ارتباط جمعی نشر کند.».

مبحث پنجم) تدقیق قانون

مرحله سوم وضع قوانین عادی در نظام حقوقی افغانستان مرحله تدقیق^{۱۸۵} است. در این مبحث تعریف تدقیق (گفتار اول) و قواعد حاکم بر تدقیق طرح قوانین (گفتار دوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

گفتار اول) تعریف

تدقیق از «دقت» گرفته شده است که در لغت به معنی دقت کردن، باریک بینی و باریک بینی کردن است.^{۱۸۶} ماده ۲ جزء ۱۵ مقرر طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در تعریف تدقیق می گفت: «تدقیق ارزیابی دقیق کلمات، اصطلاحات، جملات و عبارات طرح ابتدایی سند تقنینی از نظر شکل و محتوا و مطابقت آن با احکام شریعت اسلامی، قانون اساسی، سایر قوانین نافذ، رعایت معاهدات و میثاق های بین المللی که افغانستان به آن ها الحاق نموده است و عرف سالم جامعه می باشد.».

اما، ماده ۳ جزء ۳۲ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی که ناسخ مقرر مذکور است در تعریف تدقیق می گوید: «تدقیق ارزیابی همه جانبه شکل و محتوی مسوده سند تقنینی است که قبل از مرحله تأیید و تصویب به منظور مؤثریت، کارآیی و سازگاری با احکام دین مقدس اسلام، قانون اساسی و قوانین نافذ توسط مرجع ذیصلاح صورت می گیرد.».

گفتار دوم) نحوه تدقیق

تدقیق قوانین در انستیتوت امور قانونگذاری و تحقیقات علمی - حقوقی تابع قواعد ذیل است:
۱) وزارت عدلیه مکلف است پلان کار تقنینی را در هر سال فراهم نماید (ماده ۹ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی). این پلان توسط شورای علمی انستیتوت باید مورد تأیید قرار گیرد. سپس، یک ماه قبل از ختم سال مالی این پلان باید توسط کابینه مورد تأیید قرار بگیرد و به شورای ملی به دلیل ارتباط کاری وزارت عدلیه با شورای ملی، به شورای ملی بفرستد. طرح اعضا و اصول و وظایف داخلی شامل پلان تقنینی وزارت عدلیه نبود (ماده ۱۳ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی).

به نظر می رسد دلیل این که طرح اعضا شامل پلان کار تقنینی وزارت عدلیه نمی شد این بود که اول شورای ملی مرجع قانونگذاری بود و دوم این که انستیتوت امور قانونگذاری در طرح اعضا و اصول و وظایف داخلی تغییرات وارد نمایند. ماده ۳ فقره ۴۱ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در تعریف پلان تقنینی می گوید: «پلان کار تقنینی سند حاوی نیازمندی های سالانه حکومت به اسناد تقنینی و فهرست عناوین آنها است که به توجه به اهمیت، اولویت و فوریت اسناد تقنینی مورد

ضرورت، به منظور وضع و طی مراحل منظم اسناد تقنینی جدید سالانه از جانب حکومت تهیه و تنظیم می گردد.».

این پلان براساس پیشنهاد ادارات که ضرورت به سند تقنینی دارند صورت می گیرد (ماده ۹ فقره ۲ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی). بنابراین، قبل از فرارسیدن سال بعدی، در جریان سال اداره ای که می خواهد طرح قانون آن توسط وزارت عدلیه تدقیق شود باید مکتوب همراه با یادداشت توضیحی مبنی بر ضرورت طرح قانون به وزارت عدلیه بفرستد (ماده ۱۰ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی). یادداشت توضیحی ادارات باید شامل مطالب ذیل باشد:

- ۱- عنوان سند و ضرورت هدف وضع آن؛
 - ۲- تأثیر سند تقنینی بر سایر اسناد تقنینی نافذ. زیرا، این سند تقنینی امکان دارد برخی اسناد تقنینی را ملغی نماید.
 - ۳- عناوین سند تقنینی که با سایر اسناد تقنینی مشابهت و رابطه داشته باشد؛
 - ۴- تأثیر احتمالی سند تقنینی بر اوضاع اقتصادی، اجتماعی، سیاسی، حقوقی و فرهنگی کشور؛
 - ۵- موعد تخمینی ارایه سند به مقامات مربوط غرض تأیید؛
- دلایل توضیحی باید واضح و در سه صفحه باشد (ماده ۱۱ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی). در صورت ضرورت وزارت عدلیه می تواند توضیحات بیشتر از اداره پیشنهاد دهنده بخواهد (ماده ۱۲ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی).
- ۳) ادارات باید مسوده سند تقنینی را به وزارت عدلیه همراه به یادداشت توضیحی بفرستند. این یادداشت توضیحی که متفاوت از یادداشت توضیحی که در بالا ذکر شده است، باید شامل موارد ذیل باشد:

- ۱- نظر وزارت مالیه و ادارات مربوط، در صورتی که سند تقنینی مستلزم موجودیت بودجه و یا تنقیص در بودجه دولت باشد. به حیث مثال، اگر سند تقنینی راجع به ازدیاد معاش مأمورین دلت باشد مستلزم بودجه و در صورتی که سند مربوط به کاهش مالیات و محصول باشد، مستلزم کاهش در عواید دولت است. در این گونه موارد لازم است تا وزارت مالیه و جوه مالی مورد نظر را پیش بینی و تأیید نماید.
- ۲- تأثیر سند تقنینی پیشنهادی بر سایر اسناد تقنینی زیرا در صورت انفاذ این سند، برخی اسناد تقنینی مخالف با آن باید ملغی و برخی اسناد تقنینی که در سلسله مراتب پایین تر از این سند قرار دارند وضع و نافذ گردند مانند این که سند تقنینی قانون باشد و نیاز به مقرر و لایحه داشته باشد.
- ۳- تأثیر احتمالی سند تقنینی بر اوضاع اقتصادی، اجتماعی، سیاسی، حقوقی و فرهنگی کشور؛
- ۴- موعد تخمینی ارایه سند به مقامات مربوط غرض تأیید؛
- ۵- در صورتی که از اسناد تقنینی نافذ افغانستان و یا کشورهای اسلامی در تهیه مسوده استفاده صورت گرفته باشد، ذکر منابع آن. دلیل این قاعده این است تا اعضای انستیتوت بتوانند در صورت نیاز

به این منابع مراجعه نمایند (ماده ۳۳ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی). البته، این حکم در مورد طرح اعضای شورای ملی قابل تطبیق نیست

۴) مسوده قانون در انستیتوت امور قانونگذاری وزارت عدلیه در دو مرحله مورد تدقیق قرار می گیرد: در مرحله اول، طرح قانون در یکی از ریاست های مربوطه انستیتوت امور قانونگذاری و تحقیقات علمی - حقوقی تدقیق می شود.

به حیث مثال، ریاست قوانین کار و اداره قوانین مربوط به خدمات ملکی و قوانین مربوط به کار را تدقیق می نماید. ریاست های ریاست عمومی انستیتوت قانون گذاری قرار ذیل اند: ۱- ریاست قوانین جزائی؛ ۲- ریاست قوانین مدنی؛ ۳- ریاست قوانین مالی و اقتصادی؛ ۴- ریاست قوانین تعلیم، فرهنگ و صحت؛ ۵- ریاست قوانین تجارتي و سکتور خصوصی؛ ۶- ریاست قوانین بین المللی و حقوق بشر؛ ۷- ریاست قوانین کار؛ و ریاست تشریح قوانین. سپس، طرح قانون در کمیته اجرائیه که متشکل از رؤسای ریاست های این انستیتوت است مورد تدقیق قرار می گیرد.

طرز تدقیق طوری است که هم در ریاست مربوطه و هم در کمیته اجرائیه، نماینده وزارت یا اداره ای که طرح قانون را فراهم کرده است، با اعضای مسلکی و رئیس ریاست مربوطه و رؤسای ریاست ها در کمیته اجرائیه طرح قانون را ماده به ماده تدقیق می نمایند. نکاتی که وزارت عدلیه باید حین تدقیق به آن توجه نماید قرار ذیل اند:

۱- رفع تناقض احکام سند تقنینی با احکام دین اسلام، قانون اساسی و سایر قوانین برتر از سند تقنینی؛

۲- تأمین همخوانی و تطابق احکام سند تقنینی با هدف سند تقنینی که معمولاً در ماده ۳ سند تقنینی پیش بینی می شود؛

۳- تأمین تسلسل علمی منطقی میان ابواب، فصول، بخش ها و مواد طرح سند تقنینی از نظر شکل و محتوا؛

۴- اصلاحات دستوری، لغوی و ساده ساختن جملات؛

۵- بررسی تأثیرات سند مالی با همکاری وزارت عدلیه؛

۶- تشخیص منابع مالی برای سند تقنینی؛ و

۷- دعوت متخصصین و نمایندگان با صلاحیت اداره ای که سند را به وزارت عدلیه ارایه نموده است (ماده ۲۶ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی). پرسشی که باید در اخیر این مبحث طرح گردد این است که آیا پیشنهاد طرح قانونی اعضای شورای ملی مراحل تدقیق و تأیید کابینه را باید طی نماید؟ در رابطه به این سؤال باید گفت که: در صورتی که مسوده طرح قانون توسط شورای ملی و یکی از کمیسیون های مربوط تهیه می شد، طبق رویه عملی این مسوده باید غرض تدقیق به وزارت عدلیه و تأیید کابینه فرستاده می شد، زیرا این طرح اولاً از نظر مسلکی و تخنیکی باید تدقیق می شد، ثانیاً این

طرح با سیاست های حکومت تطابق و همخوانی پیدا نمود و ثالثاً این طرح به تأیید کابینه می رسید. طرح های قانونی که به این ترتیب طی مراحل شده اند عبارت بودند از: قانون عفو عمومی و قانون کمیسیون اصلاحات قوای پولیس ملی. علی رغم این دلایل، تدقیق طرح پیشنهادی اعضای شورای ملی توسط انستیتوت امور قانونگذاری وزارت عدلیه و تأیید آن توسط کابینه محل انتقاد به نظر می رسید، زیرا این امر صلاحیت شورای ملی در قانونگذاری را محدود می کرد و مناقص ماده ۹۷ ق. ا به نظر می رسید.

در جمهوری اسلامی ایران، طرح های قانونی نمایندگان مجلس رأساً بررسی و تصویب می شوند و نیازمند تدقیق و تأیید هیأت وزیران نیست. با توجه به این دلیل به موجب اصلاحاتی که در مقرر طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی صورت گرفت، طرح های شورای ملی به وزارت عدلیه غرض تدقیق فرستاده نمی شد. ماده ۷ بند ۲ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی می گوید: «اسناد تقنینی طور ذیل طی مراحل می گردند: [...] ۲- طرح قانون اعضا: الف - پیشنهاد توسط ده نفر از یکی از اعضای مجلس؛ ب- تأیید توسط یک پنجم اعضای مجلسی که طرح به آن پیشنهاد شده است؛ ۳- ج- تصویب توسط مجلسین شورای ملی؛ د- توشیح توسط رئیس جمهور یا توشیح شده مطابق ماده ۹۴ قانون اساسی؛ ه- نشر در جریده رسمی.»

همچنین، ماده ۱۳، فقره ۲ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در این خصوص حکم می نماید: «طرح قانون اعضاء و اصول و وظایف داخلی مجلسین شورای ملی، شامل پلان کار تقنینی نبوده و از حکم این ماده مستثنی است.» به نظر می رسد دلیل این حکم استقلالیت شورای ملی و عدم فراهم شدن زمینه های مداخله حکومت به خصوص وزارت عدلیه در اسناد تقنینی مربوط به شورای ملی و عدم وارد نمودن تغییر و تعدیل در اسناد تقنینی پیشنهادی شورای ملی بود. دلیل دیگر این بود که شورای ملی ارگان تقنینی بود و مؤجه نبود که تا اسناد تقنینی این ارگان که خود قانونگذار بود به حکومت غرض تدقیق فرستاده شود.

مبحث ششم) تأیید طرح قانون توسط کمیته قوانین، شورای وزیران و کابینه

تصویب طرح قانون توسط کمیته قوانین کابینه و کابینه را در نظام حقوقی افغانستان تأیید طرح قانون می گویند. در این مبحث تعریف تأیید (گفتار اول) و نحوه تأیید قوانین در کمیته قوانین (گفتار دوم)، تأیید طرح قانون در شورای وزیران و کابینه (گفتار سوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

گفتار اول) تعریف

تأیید از ریشه «اود» گرفته شده است که در لغت به معنی نیرومند کردن، نیرو و قوت دادن و توانا کردن است. در اصطلاح حقوقی به تأکید بر درستی عملی و یا دستورات و احکام و قرار های قانونی تأیید گویند.^{۱۸۷}

چنانچه ملاحظه می شود، تأیید در مفهوم لغوی آن استعمال نمی شود، بلکه در مفهوم مصطلح حقوقی که مترادف با تصویب است، استعمال می شود. ماده ۳ جزء ۳۳ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی در تعریف تأیید می گوید: «تأیید اتخاذ تصمیم نهایی از طرف کابینه است که در شورای ملی به تصویب نیاز دارد.»

این تعریف در ماده ۳ جزء ۲۳ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی با اندکی تغییر پیش بینی شده است. طبق این ماده: «تأیید اتخاذ تصمیم نهایی از طرف کابینه است در مورد سند تقنینی که در شورای ملی به تصویب نیاز دارد.» این تعریف، بر تأیید، طرح قانون توسط کمیته قوانین صدق نمی کند. بنابراین، در مفهوم محدود، تأیید عبارت از تصویب طرح قانون ارایه شده از سوی وزارت عدلیه توسط کمیته قوانین است.

گفتار دوم) نحوه تأیید طرح قانون در کمیته قوانین

مسوده طرح قانون حکومت و ستره محکمه پس از تدقیق در انستیتوت امور قانونگذاری و تأیید وزیر عدلیه از طریق وزارت عدلیه به کمیته قوانین جهت تأیید ارسال می گردد. ماده ۲۵ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی در این خصوص می گفت: «انستیتوت، مسوده سند تقنینی را بعد از تدقیق، توأم با گزارش کتبی نخست به وزیر عدلیه و بعد از طریق اداره امور به کمیته قوانین کابینه ارایه می کند.»

نص این ماده با عین حکم در ماده ۲۵ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی پیش بینی شده است. در خصوص گزارش کتبی مقرر طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی ساکت بود. اما، ماده ۲۶ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در این خصوص می گوید: «(۱) محتوای گزارش انستیتوت شامل موارد ذیل می باشد: ۱- ضرورت، هدف و دلیل وضع سند تقنینی؛ ۲- اطمینان از همخوانی مسوده نهایی باهدف سند تقنینی؛ ۳- ارزیابی مختصر احکام جدید و نوآوری های مسوده نهایی؛ ۴- ارزیابی مختصر از تأثیر مسوده نهایی اسناد تقنینی نافذ، توأم با ذکر عناوین آنها؛ ۷- ارزیابی مختصر از تأثیرات اقتصادی، اجتماعی، حقوقی، سیاسی و فرهنگی ناشی از تطبیق سند تقنینی؛ ۶- در صورت موجودیت مخالفت با وضع سند تقنینی مورد نظر، ذکر نام اداره مخالفت کننده و دلایل مخالفت؛ ۷-

۱۸۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۱۲.

در صورتی که سند تقنینی مستلزم تکلیف مالی و یا تنقیص عواید دولت باشد، ارایه نظر وزارت مالیه و ادارات مربوط دیگر در زمینه. (۲) گزارش انستیتوت حداکثر در قالب سه صفحه تنظیم می گردد.».

کمیته قوانین معمولاً متشکل از یکی از معاونین رئیس جمهور، نماینده وزارت ها، ادارات مستقل، وزیر عدلیه و ... بود. معمولاً وزیر عدلیه یا نماینده اداره ای که طرح قانون را فراهم می کرد طرح تدقیق شده قانون را به این کمیته ارایه می نمود. در صورت تأیید، طرح به شورای وزیران و کابینه غرض تأیید ارسال می گردید. در صورت رد، مسوده برای تدقیق بیشتر به وزارت عدلیه بازگردانده می شد. ماده ۴۲ فقره ۱ مقرر طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در این مورد حکم می نمود: «(۱) طرح نهایی اسناد تقنینی در مرحله اول از طرف کمیته قوانین کابینه مورد ارزیابی و بحث تخنیکی قرار می گیرد.».

همچنین، ماده ۴۳ فقره های اول و دوم مقرر طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در این مورد حکم می نمود: «(۱) کمیته قوانین کابینه و کابینه طرح نهایی سند تقنینی را مورد غور و ارزیابی قرار داده، در صورتی که تغییرات اساسی را در محتوای آن لازم دانند، طرح مذکور جهت تدقیق مجدد به وزارت عدلیه اعاده می گردد؛ (۲) انستیتوت طرح نهایی سند تقنینی مندرج فقره (۱) این ماده را با در نظر داشت ملاحظات و تصامیم کمیته قوانین کابینه مورد تدقیق قرار می دهد.».

اما، ماده ۲۷ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی که ناسخ مقرر است در این خصوص حکم می نماید: «(۱) مسوده سند تقنینی در کمیته قوانین به صورت یک کل از نظر شکل، محتوا و موضوعات تخنیکی مورد ارزیابی نهایی قرار می گیرد؛ (۲) هرگاه کمیته قوانین، مسوده سند تقنینی را ناقص ارزیابی کند، نواقص، خالیگاه ها را تصحیح و یا ضمن مشخص کردن خالیگاه ها و نواقص، به وزارت عدلیه هدایت می دهد که نواقص و خالیگاه ها را مرفوع نماید؛ (۳) بعد از تأیید کمیته قوانین، مسوده سند نهایی سند تقنینی غرض تأیید به شورای وزیران (کابینه) ارایه می گردد.».

گفتار سوم) تأیید طرح قانون در شورای وزیران و کابینه

پس از تأیید طرح قانون توسط کمیته قوانین، این طرح باید توسط شورای وزیران تأیید شود. طبق ماده ۲۸ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی: «(۱) شورای وزیران حین تأیید مسوده سند تقنینی مکلف به رعایت موارد ذیل است:

۱. بررسی مطابقت سند تقنینی با خطوط اساسی سیاست کشور. با توجه به این که خطوط اساسی توسط رئیس جمهور تعیین می شد و خطوط اساسی بدون وجود نداشت، تطبیق نص این ماده علمی به نظر نمی رسید.

۲. حصول اطمینان از مطابقت سند تقنینی با سایر اسناد تقنینی؛

۳. بررسی مؤثریت و کاربرد سند تقنینی؛

(۲) کابینه، بعد از ارزیابی کلی سند تقنینی، از نظر شکل و محتوا، آن را حسب احوال، تأیید، یا تصویب می‌کند؛ (۳) هرگاه از نظر کابینه تغییرات اساسی شکلی و محتوایی در سند تقنینی ضرورت باشد، به وزارت عدلیه هدایت می‌دهد که بعد از تغییرات لازم، سند تقنینی را برای تأیید و تصویب دو باره به مجلس کابینه ارایه نماید؛ (۴) هرگاه از طرف کابینه حین تصویب، یا تأیید سند تقنینی، اصلاحات جزئی شکلی و محتوایی صورت بگیرد، وزارت عدلیه مکلف است اصلاحات وارده را به صورت دقیق در نسخه نهایی درج و اعمال کند؛ (۵) اسناد تقنینی که ایجاب تصویب یا تأیید شورای ملی را می‌نماید، از طریق دفتر وزیر دولت در امور پارلمانی به شورا تقدیم می‌گردد. طبق ماده ۳۰ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی: «وزارت عدلیه مکلف است طرح قانون را بعد از تأیید کابینه، به دو زبان پشتو و دری تنظیم نموده، از طریق وزارت دولت در امور پارلمانی رسماً به ولسی جرگه ارسال نماید.»

مبحث هفتم) تصویب طرح قوانین توسط شورای ملی

تصویب از ریشه «صوب» گرفته شده است که به معنای راست گردانیدن، مصوب کردن و راست گوی دانستن است و در اصطلاح حقوقی به ابرام (تأیید) طرح قانونی تصویب گویند.^{۱۸۸} ماده ۲ جزء ۲۰ مقرر طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در تعریف تصویب می‌گفت: «اتخاذ تصمیم در مورد تأیید یا رد طرح سند تقنینی از طرف مرجع ذیصلاح می‌باشد.»

اما، ماده ۳ جزء ۳۵ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی که ناسخ مقرر مذکور است در تعریف تصویب می‌گوید: «تصویب اتخاذ تصمیم نهایی در مورد طرح سند تقنینی از طرف مرجع ذیصلاح می‌باشد.» بعد از مرحله تسوید، تدقیق و تأیید، تمام طرح های قانونی حتی طرح های شورای ملی نیازمند تصویب شورای ملی بود. در صورت عدم موافقت ولسی و مشرانو جرگه هیأت مختلط ایجاد می‌گردید. در این مبحث، روند عادی تصویب قانون توسط ولسی و مشرانو جرگه (گفتار اول)، ایجاد هیأت مختلط (گفتار دوم)، تصمیم نهایی ولسی جرگه (گفتار سوم) را ذیلاً مورد بحث قرار می‌دهیم:

گفتار اول) روند عادی تصویب

تصویب طرح قانون طبق قانون اساسی ۱۳۸۲ مانند تصویب طرح قانون طبق اصولنامه اساسی دولت علیه افغانستان (اصل ۶۷) و قانون اساسی ۱۳۴۳ (فصل چهارم) و قانون اساسی ۱۳۶۶ (ماده ۹۵) در شورای ملی دو مرحله ای بود. مسوده طرح قانونی ابتداء باید در ولسی جرگه به تصویب می‌رسید. سپس در مرحله دوم باید از تصویب مشرانو جرگه می‌گذشت، مگر در مورد سند بودجه که

توضیحش خواهد آمد. بنابراین، نقشه ولسی جرگه (الف) و نقش مشرانو جرگه (ب) را مورد بحث قرار می دهیم:

الف) نقش ولسی جرگه: بعد از تأیید شدن طرح قانونی توسط کابینه، این طرح بعد از این که به زبان های دری و پشتو توسط وزارت عدلیه تهیه می گردید، از طریق وزارت دولت در امور پارلمانی به دارالانشای ولسی جرگه فرستاده می شد (ماده ۳۰ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی). ماده ۹۷ قانون اساسی ۱۳۸۲ در این باره حکم می نمود: «پیشنهاد طرح قانون از طرف حکومت نخست به ولسی جرگه تقدیم می گردد.».

همچنین، ماده ۷۷ اصول وظایف داخلی ولسی جرگه در این باره حکم می نمود: «۱- حکومت طرح قانون را یا از جانب خویش و یا در حدود صلاحیت قضایی از جانب ستره محکمه به امضای وزیر عدلیه و وزیری که طرح قانون عمدتاً با او ارتباط دارد توسط وزیر دولت در امور پارلمانی به انضمام یادداشت توضیحی مبنی بر ضرورت طرح قانون به جرگه ارائه می نماید و ۲- جرگه نیز می تواند طرح قانون را توسط ده نفر از اعضای خویش با انضمام یادداشت توضیحی مبنی بر ضرورت طرح قانون و امضای اعضای پیشنهاد کننده به ریاست جرگه تسلیم نماید.».

هیئت مدیره مجلس را مبنی بر وصول طرح قانون در مجلس عمومی آگاه می نمود. ماده ۷۸ اصول وظایف داخلی حکم می نمود: «۱- رئیس جرگه طرح را غرض اندراج در اجندای مجلس عمومی در مطابقت با پاراگراف سوم ماده نود و هفتم قانون اساسی حداکثر در خلال مدت یک ماه به کمیته رؤسا پیشنهاد می نماید؛ ۲- رئیس جرگه وزیر دولت در امور پارلمانی و وزیری را که طرح به او ارتباط دارد، جهت معرفی رسمی طرح به جلسه عمومی دعوت می نماید؛ ۳- طرح قانون معرفی شده حکومت یا طرح اعضای جرگه ثبت و در جلسه عمومی اعلان می گردد؛ و ۴- در جریان معرفی طرح مباحثه صورت نمی گیرد. رئیس طرح مذکور را بعد از معرفی، به کمیسیون مربوطه ارجاع می نماید.».

قبل از ارجاع شرط بود که در صورتی که طرح پیشنهاد قانونی حاوی تکلیف مالی یا تنقیص عایدات دولت باشد، منبع مالی آن نیز توسط ارایه کننده طرح واضح گردد. ماده ۹۶ قانون اساسی ۱۳۸۲ که نسخه برداری ماده ۷۲ قانون اساسی ۱۳۴۳ است در کمیسیون تدقیق بدون این که مورد بحث قرار بگیرد، به اتفاق آراء تأیید شد.^{۱۸۹}

در لویه جرگه تصویب قانون اساسی در مورد این ماده پیشنهادی توسط نمایندگان صورت نگرفت و در نتیجه این ماده در کمیته های ده گانه مورد تأیید قرار گرفت.^{۱۹۰} نص این ماده تصریح می نمود: «هرگاه پیشنهاد طرح قانون، حاوی تکلیف جدید یا تنقیص عایدات دولت باشد، به شرطی در فهرست

۱۸۹. ____ (حوت ۱۳۸۲). قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح، جلد (۱)، کابل: دارالانشای قانون اساسی، ص ۳۵۶.

۱۹۰. همان، ____، جلد (۱)، ص ۸۹۱-۸۱۲.

کار داخل می شود که در متن پیشنهاد، مدرک جبران نیز پیش بینی شده باشد.». طبق نص این ماده هرگاه پیشنهاد طرح قانون، در برگیرنده تکلیف در عایدات دولت می بود، باید مدرک جبران آن در یادداشت توضیحی به جرگه ارایه می گردید.

به حیث مثال، هرگاه حکومت می خواست معاش مأمورین را اضافه نماید و قانون کارکنان خدمات ملکی را تعدیل نماید، باید منابع مالی ازدیاد معاش را در یادداشت توضیحی به ولسی جرگه توضیح می نمود.

همچنین، در صورتی که پیشنهاد قانون موجب تنقیص (کاهش) عایدات دولت می شد، باید سایر منابع تأمین این عایدات به ولسی جرگه معرفی می گردد. براساس ماده ۹۷ قانون اساسی: «... شورای ملی به اتخاذ تصمیم در مورد طرح قوانین، معاهدات و پروگرام های انکشافی دولت که به اساس پیشنهاد حکومت ایجاب رسیدگی عاجل را نماید، اولویت می دهد [...]».

در مورد تقاضای این اولویت ماده ۷۹ اصول وظایف داخلی ولسی جرگه تصریح می نمود: «به اساس ماده نود و هفتم قانون اساسی حین معرفی یک طرح قانون حکومت، رؤسای کمیسیونها، رؤسای گروه های پارلمانی و یا ده نفر از اعضای جرگه می توانند برای طی مراحل طرح مذکور تقاضای اولویت را نمایند. تقاضای مذکور در صورتی که از جانب اکثریت جرگه تصویب شود درج اجندای جرگه می گردد.».

براساس ماده ۸۰ اصول وظایف داخلی ولسی جرگه: «کمیسیون مربوط، طرح قانون را که از جانب رئیس برایش ارجاع گردیده باید در مدت بیست روز به تصویب برساند. کمیسیون اصلی عندالضرورت نماینده ذیصلاح را که طرح پیشنهادی به آن تعلق می گیرد، جهت ارایه توضیحات دعوت می نماید.».

طبق ماده ۸۱ اصول وظایف داخلی ولسی جرگه: «برای هر طرح قانون در کمیسیون از جانب رئیس کمیسیون یک عضو گزارشگر تعیین می گردد. گزارشگر گزارش خویش را که حاوی تعدیل، حذف، ایزاد و تغییر می باشد تهیه و یک نسخه از طرح مذکور را به کمیسیون های دیگر و گروه های پارلمانی ارسال می نماید. کمیسیون های دیگر و گروه های پارلمانی در مدتی که از طرف کمیسیون اصلی تقاضا گردیده، تعدیلات خود را آماده می سازند.».

کمیسیون اصلی تأییدی را جهت توحید تعدیلات کمیسیون های دیگر و گروه های پارلمانی تعیین نموده که در تاریخ مذکور گزارشگر هر کمیسیون و گروه های پارلمانی به نمایندگی از کمیسیون های مربوطه و گروه های پارلمانی خویش در جلسه کمیسیون اصلی اشتراک می ورزند. تعدیلات از جانب کمیسیون ها و گروه های پارلمانی کتباً به کمیسیون اصلی ارسال می گردد.

کمیسیون اصلی تعدیلات پیشنهادی کمیسیون های دیگر و گروه های پارلمانی را که توسط گزارشگران آنها تهیه شده مورد بحث قرار داده توحید می نماید. هیئت مدیره طرح را به جرگه معرفی می نماید که در مورد تصویب آن ماده ۸۲ اصول وظایف داخلی تصریح می نماید: «در مجلس عمومی

صرف روی آن ماده‌هایی بحث و رای‌گیری صورت می‌گیرد که یک و یا چند کمیسیون با آن توافق نداشته باشند. سایر ماده‌ها بدون بحث تنها قرائت و مورد تصویب قرار می‌گیرد.» از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می‌آید که تصویب طرح قانون در ولسی جرگه تابع قواعد ذیل بود:

۱) طرح قانون به آدرس رئیس ولسی جرگه توسط وزارت دولت در امور پارلمانی ارسال و توسط ریاست دارالانشای ولسی جرگه دریافت می‌گردد.

۲) رئیس دارالانشاء طرح قانون را به کمیسیون مربوط و ریاست تحقیقات ولسی جرگه ارسال می‌نمود. ولسی جرگه دارای ۱۸ کمیسیون بود. به حیث مثال، طرح قانونی را که مربوط زنان می‌شد، دارالانشاء نباید به کمیسیون امور تقنینی می‌فرستاد.

۳) سپس، طرح قانون به طور رسمی توسط وزیر عدلیه و وزیری که طرح قانون مربوط ساحه کاری او می‌شد در مجلس عمومی معرفی می‌گردد.

۴) رئیس کمیسیون مربوط یکی از اعضای کمیسیون را به حیث گزارشگر طرح قانون تعیین می‌نمود. وظایف گزارشگر قرار ذیل بود:

۱- تهیه گزارش در خلال میعاد معینه مطابق آجنداء در مشورت با اعضای کمیسیون؛

۲- ارائه گزارش در جلسات کمیسیون‌ها و مجلس عمومی؛

۳- طبع گزارش؛

۴- توزیع گزارش؛

۵- پیشنهاد تعدیلات؛

۶- تهیه ضمائم گزارش؛

۷- ارائه معلومات به اعضای کمیسیون در مورد محتویات طرح قانون؛

۸- تائید و ارزیابی گزارش تقنینی طرح قانون که توسط گروپ تخنیک‌ی تهیه گردیده است؛

۹- تنظیم بحث پیرامون طرح قانون با نهاد های جامعه مدنی، وزارت و یا اداره مربوط و نماینده

اشخاصی که طرح قانون آنها را مخاطب قرار داده است؛

۱۰- تهیه تعدیلات که توسط کمیسیون نهائی گردیده است؛

۱۱- تعیین اجندا و وقت جلسه توحیدی تعدیلات با نماینده گان سایر کمیسیون‌ها پیرامون طرح

قانون؛

۴) گزارشگر در همکاری نزدیک با مشاور کمیسیون، دستیار مسلکی کمیسیون و کارشناس ریاست

تقنین و تحقیقات گزارش طرح قانون را که حاوی خلاصه طرح قانون، تحلیل و ارزیابی و تعدیلات پیشنهادی روی طرح قانون می‌باشد، آماده می‌نماید.

۵) کمیسیون مربوط تعدیلات را که توسط گزارشگر با سایر اعضای کمیسیون پیشنهاد گردیده نهایی

می‌نمود.

۶) تعدیلات کمیسیون مربوط توأم با طرح قانون جهت نظر خواهی به سایر کمیسیون های ولسی جرگه ارسال می گردید. کمیسیون مربوط باید در مدت بیست روز طرح قانون را طی مراحل نمود. ۷) گزارشگر کمیسیون اصلی نماینده گان سایر کمیسیون ها را جهت توحید تعدیلات به جلسه توحیدی دعوت می نمود؛

۸) در جلسه توحیدی اعضاء تعدیلاتی را که توسط کمیسیون های مربوط پیشنهاد می گردید به بحث می گرفت؛

۹) گزارشگر کمیسیون اصلی تعدیلات نهائی کمیسیون ها را آماده می نمود؛

۱۰) رئیس کمیسیون طرح قانون را جهت درج در اجندای مجلس عمومی به رئیس مجلس در کمیته رؤسا پیشنهاد می نمود؛

۱۱) گزارشگر تعدیلات تصویب شده مجلس عمومی را در دو ستون طوری آماده می ساخت که در ستون راست اصل متن طرح قانون که از جانب حکومت ارسال گردیده و در ستون چپ تعدیلات تصویب شده ولسی جرگه را آماده می ساخت.

۱۲) تعدیلات تصویب شده توسط ولسی جرگه از طریق دفتر رئیس مجلس به مشرانو جرگه ارسال می گردید.

ب) نقش مشرانو جرگه: پس از تصویب، طرح قانون از طریق دارالانشای ولسی جرگه به دارالانشای مشرانو جرگه فرستاده می شد. ماده ۹۳ اصول وظایف داخلی مشرانو جرگه در این باره حکم می نمود: «متن طرح قانون که توسط یک جرگه تصویب شده به جرگه دیگر تسلیم داده می شود». تصویب و یا رد مصوبه ولسی جرگه در مشرانو جرگه تابع قواعد ذیل است:

۱- براساس ماده ۷۸ اصول وظایف داخلی مشرانو جرگه: «طرح قانون معرفی شده توسط حکومت یا اعضاء جرگه در جلسه عمومی ثبت، طی مراحل و اعلام می گردد. هنگامی که جرگه جلسه نداشته باشد یادداشت طی مراحل و در نشریه رسمی مشرانو جرگه نشر می گردد».

۲- طبق ماده ۸۰ اصول وظایف داخلی مشرانو جرگه: «طرح قانون حکومت و طرح قانون اعضا بعد از تأیید و معرفی شامل آجندای جرگه می گردد. حین معرفی یک طرح قانون تا زمانی که حکومت دلایل معرفی طرح و گروه های پارلمانی موضع خود را ابراز نکنند هیچ گونه مباحثه صورت گرفته نمی تواند و رئیس طرح مذکور را بعد از معرفی به کمیسیون مربوطه ارجاع می دارد».

۳- براساس ماده ۷۸ اصول وظایف داخلی مشرانو جرگه: «حین معرفی یک طرح قانون، حکومت، رئیس کمیسیون، سران گروه های پارلمانی و یا ده نفر از اعضاء مشرانو جرگه می توانند برای طی مراحل طرح تقاضای فوریت نمایند. تقاضای مذکور در صورتی که از جانب اکثریت جرگه و یا کمیسیونی که طرح تحت رسیدگی آن قرار دارد تصویب شود، بدون نوبت درج آجندای مجلس می گردد».

۴- مطابق ماده ۸۱ اصول وظایف داخلی مشرانو جرگه: «برای هر طرح قانون در کمیسیون یک گزارشگر تعیین می گردد. گزارشگر گزارش خویش را در خلال میعاد معینه مطابق آجندا ارائه، طبع و توزیع می نماید. هرگاه گزارش به موقع آن توزیع نگردد بحث در اجلاس عمومی بدون این گزارش صورت می گیرد. در گزارش تصویب، رد یا تعدیل طرح قانون سفارش می گردد. تعدیلات توسط گزارشگر، اعضای کمیسیون ها، یا اعضای جرگه بیست و چهار ساعت قبل از شروع بحث در جلسه عمومی پیشنهاد می شود و در صورتی که توسط کمیسیون پذیرفته شود ضمیمه گزارش می گردد.» در چنین حالتی، براساس ماده ۸۲ اصول وظایف داخلی مشرانو جرگه: «حکومت و ترتیب کننده گان طرح قانون اعضا حسب تقاضای کمیسیون در مورد طرح مربوطه توضیحات می دهند.»

۵- براساس ماده ۸۳ اصول وظایف داخلی مشرانو جرگه: «مباحثات روی طرح قانون با استماع از حکومت آغاز گردیده و با ارائه راپور گزارشگر ادامه می یابد. به استثنای بحث که مطابق مواد (۴۵) و (۴۶) این اصول تنظیم شده، به آنده اعضای که اسمای شان را در لست مباحثات عمومی ثبت نموده اند موقع صحبت داده می شود.»

مطابق ماده ۸۴ اصول وظایف داخلی مشرانو جرگه: «بعد از ختم بحث عمومی در باره هر ماده بالنوبه بحث و رأی گیری صورت می گیرد. وزراء، رئیس، گزارشگر کمیسیون و اعضا نمی توانند بیش از پنج دقیقه در رابطه به مواد و فقرات مربوط طرح قانون یا پیرامون مواد و فقرات موجود مربوط تعدیلات یا مواد و فقرات جدیدی که در شکل تعدیلات تقدیم شده صحبت نمایند.»

۶- مطابق ماده ۷۸ اصول وظایف داخلی مشرانو جرگه: «طرح قانون پیشنهاد شده حکومت پس از تصویب ولسی جرگه مطابق ماده ۹۷ قانون اساسی از طرف مشرانو جرگه پس از ارزیابی تصویب و یا رد می شود.» در صورتی که مصوبه توسط مشرانو جرگه هم تصویب شود، سپس مصوبه از طریق دارالانشای مشرانو جرگه به دارالانشای ولسی جرگه مطابق ماده ۸۹ اصول وظایف داخلی ولسی جرگه فرستاده می شود. سپس، دارالانشای ولسی جرگه مصوبه را به وزارت دولت در امور پارلمانی می فرستد. پرسش دیگری که در اخیر این بحث باید مطرح گردد این است که آیا طرحی قانونی را که مشرانو جرگه پیشنهاد می نماید، باید به ولسی جرگه نیز تقدیم شود؟ در رابطه به این سؤال باید گفت که در صورتی که پیشنهاد طرح قانونی از ولسی جرگه شروع شود، پس از تصویب، این طرح به مشرانو جرگه تقدیم می شود.

در صورتی که پیشنهاد طرح قانونی از مشرانو جرگه شروع شود، این طرح باید برای تصویب به ولسی جرگه تقدیم شود. این حکم را از ماده ۹۳ اصول وظایف داخلی مشرانو جرگه که در این باره تصریح می نمود: «متن طرح قانون که توسط یک جرگه تصویب شده به جرگه دیگر تسلیم داده می شود.» می توان استخراج کرد. بدین ترتیب، این طرح باید به تصویب ولسی جرگه نیز برسد. اگر مصوبه ولسی جرگه

توسط مشرانو جرگه رد می‌شد، هیأت مختلط ایجاد می‌شد. از آنچه گفته شد و مطابق تجارب عملی، تصویب طرح قانون در مشرانو جرگه توابع قواعد ذیل بود:

۱- طرح قانون تصویب شده توسط ولسی جرگه نخست به دفتر رئیس عمومی دارالانشای مشرانو جرگه ارسال می‌گردید.

۲- رئیس دارالانشاء از دریافت طرح قانون به رئیس مجلس مشرانو جرگه اطلاع داده و یک نسخه آن را به کمیسیون مربوط و یک نسخه دیگر آن را به آمریت مطالعات حقوقی راجع می‌نمود.

۳- رئیس کمیسیون مربوطه یکی از اعضای کمیسیون را به حیث گزارشگر طرح قانون تعیین می‌نمود.

۴- گزارشگر در همکاری نزدیک با مشاور کمیسیون، دستیار مسلکی کمیسیون و کارشناس آمریت مطالعات حقوقی، گزارش طرح قانون را که حاوی خلاصه طرح قانون، تحلیل و ارزیابی و تعدیلات پیشنهادی روی طرح قانون می‌بود، آماده می‌نمود.

۵- کمیسیون مربوط تعدیلات را که توسط گزارشگر و یا سایر اعضای کمیسیون پیشنهاد گردیده نهایی می‌ساخت؛

۶- تعدیلات کمیسیون مربوط توأم با طرح قانون مذکور به سایر کمیسیون های مشرانو جرگه جهت نظر خواهی ارسال می‌گردید؛

۷- گزارشگر کمیسیون اصلی نماینده گان سایر کمیسیون ها را جهت توحید تعدیلات به جلسه توحیدی دعوت می‌نمود؛

۸- در جلسه توحیدی اعضاء تعدیلاتی را که توسط کمیسیون های مربوط پیشنهاد گردیده بود به بحث می‌گرفتند؛

۹- گزارشگر کمیسیون اصلی تعدیلات نهایی کمیسیون ها را آماده می‌نمود؛

۱۰- رئیس کمیسیون طرح قانون را جهت درج در اجندای مجلس عمومی، به رئیس مجلس در کمیته رؤسا پیشنهاد می‌نمود؛

۱۱- گزارشگر طرح قانون را در مجلس عمومی ماده به ماده قرائت نموده و روی تعدیلاتی که در جلسه توحیدی توافق صورت نگرفته مباحثه صورت می‌گرفت؛

۱۲- در جلسه عمومی صرف گزارشگران کمیسیون ها که از قبل توسط کمیسیون مربوط تعیین گردیده می‌توانند ابراز نظر می‌نمودند؛

۱۳- گزارشگر کمیسیون اصلی به همکاری سایر اعضای کمیسیون یا همکاران تخنیکی تعدیلات وارده را در مجلس عمومی یادداشت و شامل طرح قانون ساخته و طرح نهایی تعدیلات مشرانو جرگه را آماده می‌ساخت؛

۱۴- گزارشگر تعدیلاتی را که توسط مجلس عمومی به تصویب رسیده در سه ستون طوری آماده می ساخت که در ستون راست اصل متن طرح قانون که از جانب حکومت ارسال گردیده و در ستون وسطی تعدیلات تصویب شده ولسی جرگه و در ستون سومی طرف چپ تعدیلات تصویب شده مشرانو جرگه را آماده می ساخت؛

۱۵- تعدیلات تصویب شده از طریق دارالانشای مشرانو جرگه بعد از امضای رئیس مجلس به ولسی جرگه ارسال می گردید.

گفتار دوم) مراجعه به هیأت مختلط

در صورت اختلاف ولسی جرگه و مشرانو جرگه، ایجاد هیأت مختلط و مراجعه به آن در قوانین اساسی قبلی افغانستان نیز پیش بینی شده بود. به حیث مثال، طبق اصل ۷۰ اصول اساسی دولت علیه افغانستان در صورت بروز اختلاف بین مجلس اعیان و مجلس شورای ملی، مجلس منتخبه که مرکب از ده عضو از هر مجلس بود تشکیل می شد. مجلس منتخبه نظر خود را به شورای ملی تقدیم می کرد.

در صورت عدم موافقت مجلس شورای ملی با نظر مجلس منتخبه، تصمیم نهایی با پادشاه بود. ماده ۷۴ قانون اساسی ۱۳۴۳ در مورد هیأت مختلط تصریح می نمود: «هرگاه تصویب یک جرگه از طرف جرگه دیگر رد شود، برای حل اختلاف هیأت مختلط به تعداد مساوی از اعضای هر دو جرگه مطابق به احکام قانون دایر می گردد. فیصله هیأت بعد از توشیح پادشاه نافذ شمرده می شود. در صورتی که هیأت مختلط نتواند اختلاف نظر را رفع نماید، تصویب رد شده به حساب می رود. هرگاه تصویب از ولسی جرگه به عمل آمده باشد، در دوره تقنینیه جدید ولسی جرگه می تواند آن را به اکثریت آرای اعضا تصویب کند. این تصویب بدون ارایه به مشرانو جرگه بعد از توشیح پادشاه نافذ شمرده می شود. هرگاه اختلاف در جرگه در مورد طرح قوانین مالی باشد، در صورتی که هیأت مختلط به حل آن مؤفق نشود، ولسی جرگه می تواند در اجلاس مابعد طرح مذکور را با اکثریت آرای اعضا تصویب نماید. طرح بدون ارایه به مشرانو جرگه بعد از توشیح پادشاه قانون شمرده می شود.»

طبق ماده ۹۵ قانون اساسی ۱۳۶۶ نیز در صورت اختلاف دو مجلس هیأت مختلط ایجاد می شد. تصمیم موافق بعد از توشیح رئیس جمهور نافذ بود. در صورت عدم موافقت هیأت مختلط موضوع در جلسه مشترک شورای ملی طرح و اعضا می توانستند با اکثریت آرا در مورد آن تصمیم اتخاذ نمایند.

طبق قانون ۱۳۸۲ اساسی افغانستان نیز در صورتی که مجلسین طرح قانونی چه طرح قانونی حکومت، ستره محکمه و یا شورای ملی را تصویب می نمود، این مصوبه پس از توشیح رئیس جمهور نافذ بود. اما، هرگاه مصوبه یک مجلس از طرف مجلس دیگر رد می شد، برای حل اختلاف هیأت مختلط به تعداد مساوی از اعضای هر دو مجلس تشکیل می گردید.

ماده ۱۰۰ ق. ۱ در این مورد حکم می نمود: «هرگاه مصوبه یک مجلس از طرف مجلس دیگر رد شود، برای حل اختلاف هیأت مختلط به تعداد مساوی از اعضای هر دو مجلس تشکیل می گردد.»

فیصله هیأت بعد از توشیح رئیس جمهور، نافذ شمرده می شود. در صورتی که هیأت مختلط نتواند اختلاف نظر را رفع کند، مصوبه رد شده به حساب می آید. در این حالت، ولسی جرگه می تواند در جلسه بعدی آن را با دو ثلث آرای کل اعضا تصویب کند. این تصویب بدون ارایه به مشرانو جرگه بعد از توشیح رئیس جمهور نافذ شمرده می شود.

از نص ماده ۱۰۰ ق. ا بر می آمد که لزوماً تنها مصوبه ولسی جرگه نیست که می توانست در مشرانو جرگه رد شود، بلکه مصوبه مشرانو جرگه نیز می توانست در ولسی جرگه رد شود. این حکم در صورتی قابل اجراء بود که آغاز کننده طرح مشرانو جرگه می بود، زیرا ماده ۱۰۰ ق. ا می گفت هرگاه مصوبه یک مجلس از طرف مجلس دیگر رد شود. همچنین، ماده ۹۰ اصول وظایف داخلی ولسی جرگه در این مورد تصریح می نمود: «هرگاه یک جرگه مصوبه جرگه دیگر را رد نماید، مطابق ماده (۱۰۰) قانون اساسی برای رفع اختلاف، هیئت مختلط از هر دو جرگه به تعداد مساوی تعیین می گردد. اعضای هیئت مختلط به پیشنهاد کمیسیون مربوطه و تصویب جلسه عمومی تعیین می گردند.»

همچنین، ماده ۹۴ اصول وظایف داخلی مشرانو جرگه در این مورد حکم می نمود: «هرگاه یک جرگه مصوبه جرگه دیگر را رد نماید برای رفع اختلاف، هیئت مشتمل از هر دو جرگه به تعداد مساوی تعیین می گردد. اعضای هیئت مختلط به پیشنهاد کمیسیون مربوطه و تصویب جلسه عمومی تعیین می گردند.» از نص ماده ۱۰۰ قانون اساسی ۱۳۸۲ و ماده ۹۰ اصول وظایف داخلی ولسی جرگه و ماده ۹۴ اصول وظایف داخلی مشرانو جرگه چندین حکم استنباط بود:

۱) در صورت بروز اختلاف میان ولسی و مشرانو جرگه، برای رفع اختلاف هیئت مختلط ایجاد می شد. تعداد اعضای این هیأت نه در قانون اساسی و نه در اصول وظایف داخلی ولسی و مشرانو جرگه برخلاف اصول اساسی دولت علیه افغانستان معین نشده بود.

آنچه مسلم بود این بود که تعداد هیأت مختلط به صورت مساوی از هر دو مجلس تعیین می شدند و معمولاً اعضای هیأت طبق رویه عملی از میان کمیسیون های اصلی و کمیسیون های که طرح قانون به نحوی از انحا به آنها مرتبط است انتخاب می شدند. اعضای هیأت مختلط با پیشنهاد کمیسیون های که طرح قانون متنازع فیه مربوط آن می شد به تصویب ولسی و مشرانو جرگه تعیین می شدند.

۲) اولین جلسه هیأت مختلط تحت ریاست مسن ترین عضو هیأت به منظور انتخاب رئیس و معاون هیأت مختلط دایر می گردید. اعضای هیأت مختلط رئیس و معاون رئیس را که رئیس از یک جرگه و معاون از جرگه دیگر می بود انتخاب می کردند (ماده ۹۲ اصول وظایف داخلی ولسی جرگه و ماده ۹۵ اصول وظایف داخلی مشرانو جرگه).

۳) هیأت مختلط در مورد نقاط متنازع فیه بحث می نمود. هیأت مختلط می توانست جهت ارایه توضیحات بیشتر، وزیر یا رئیس عمومی اداره عمومی را که طرح قانون را به شورای ملی پیشنهاد نموده

بود، دعوت نماید. اشتراک وزیر و یا رئیس عمومی اداره دولتی الزامی بود (ماده ۹۲ اصول وظایف داخلی ولسی جرگه و ماده ۹۵ اصول وظایف داخلی مشرانو جرگه).

۴) هیأت مختلط به منظور بحث و حل اختلاف در مورد طرح قانون که چه از طرف اعضای شورا، چه از طرف حکومت و یا ستره محکمه پیشنهاد شده بود، ایجاد می گردید. بنابراین، هیأت مختلط در مورد طرح بودجه ایجاد نمی گردید، زیرا چنانچه تفصیل آن خواهد آمد، در مورد طرح بودجه مشرانو جرگه صرف نظر مشورتی خویش را ارایه می نمود.

۵) در صورت توافق هیأت مختلط بر طرح قانون، این طرح که به تصویب هیأت رسیده بود، مانند حکم پیش بینی شده در قانون اساسی ۱۳۶۶، بعد از توشیح رئیس جمهور نافذ بود. اما، طبق قانون اساسی ۱۳۴۳ این طرح بعد از توشیح پادشاه نافذ می گردید.

۶) در صورت عدم توافق هیأت مختلط در مورد طرح قانونی، تصمیم نهایی با ولسی جرگه بود. در صورت عدم توافق هیأت مختلط، طبق اصول اساسی دولت علیه افغانستان تصمیم نهایی با پادشاه بود. اما، طبق قانون اساسی ۱۳۴۳ در صورت عدم توافق مصوبه ولسی جرگه رد شده تلقی می شد. ولسی جرگه می توانست آن را در دوره تقنینیه بعدی تصویب نماید. در این صورت، این مصوبه بعد از توشیح پادشاه نافذ می شد.

در قانون اساسی ۱۳۶۶ این راه حل ها پذیرفته نشده بود. طبق این قانون اساسی، در صورت عدم توافق هیأت مختلط، تصمیم نهایی با اکثریت آرای اعضا در جلسه مشترک گرفته می شد. اما، طبق قانون اساسی ۱۳۸۲ تصمیم نهایی با ولسی جرگه بود. بنابراین، ولسی جرگه می توانست طرح قانون متنازع فیه را در جلسه بعدی با دو ثلث کل آرای اعضا تصویب کند. چنین مصوبه بدون ارایه به مشرانو جرگه بعد از توشیح رئیس جمهور نافذ بود.

پرسش این است که حدود صلاحیت ولسی جرگه در تصمیم نهایی چیست؛ به این توضیح که: ولسی جرگه می توانست در خصوص کدام یک از متن ها تصمیم گیری کند؟ در پاسخ به این پرسش به نظر می رسید، ولسی جرگه می توانست در مورد هر متنی تصمیم گیری نماید. به نظر می رسد اهمیت ایجاد هیأت مختلط و اعطای تصمیم نهایی توسط قوه مؤسس به ولسی جرگه جلوگیری از به بن بست رسیدن قانونگذاری است. از آنچه گفته شد و طبق تجارب عملی، تصویب طرح قانون در هیأت مختلط تابع قواعد ذیل است:

۱- بعد از این که مصوبه مشرانو جرگه به ولسی جرگه فرستاده می شد، رئیس ولسی جرگه تعدیلات مشرانو جرگه را به کمیسیون مربوط ارسال می نمود.

۲- گزارشگر طرح قانون تعدیلات مشرانو جرگه را بررسی نموده نظریات خویش را با سایر اعضای کمیسیون پیرامون تأیید و یا رد تعدیلات بیان می نمود؛

۳- در صورت توافق میان ولسی و مشرانو جرگه طرح قانون به ریاست جمهوری به منظور توشیح فرستاده می شد؛

۴- هرگاه کمیسیون مربوط با تعدیلات مشرانو جرگه موافق نمی بود، موضوع را در جلسه عمومی مطرح ساخته سه الی پنج عضو را برای اشتراک در هیأت مختلط به جلسه پیشنهاد می نمود؛

۵- بعد از تأیید اعضای پیشنهاد شده توسط مجلس عمومی، دارالانشاهای هر دو مجلس زمان و محل تدویر جلسه هیئت مختلط را تعیین می نمودند.

۵- هیأت مختلط به تعداد مساوی اعضاء از هر دو مجلس تعیین و روی تعدیلات که توافق نداشتند، بحث می نمودند؛

۶- هرگاه هیئت مختلط در خصوص اختلافات به توافق می رسیدند، گزارشگر کمیسیون ولسی جرگه تعدیلات تصویب شده توسط هیئت مختلط را در دو ستون طوری آماده می ساخت که در ستون راست طرح حکومت در ستون چپ تعدیلات پیشنهادی شورای ملی می بود؛

۷- طرح قانون تصویب شده از جانب شورای ملی از طریق دفتر رئیس ولسی جرگه به وزارت دولت در امور پارلمانی جهت توشیح به رئیس جمهور ارسال می گردید؛

۸- هرگاه هیأت مختلط در خصوص اختلافات به توافق نمی رسیدند، ولسی جرگه می توانست طرح قانون را با دو ثلث آرا در مجلس عمومی تصویب و جهت توشیح به رئیس جمهور ارسال نماید.

مبحث هشتم) توشیح توسط رئیس جمهور

مرحله پنجم مرحله توشیح مصوبه شورای ملی توسط رئیس جمهور است.

گفتار اول) تعریف توشیح

توشیح از ریشه «وشح» گرفته شده است که در لغت به معنی آراستن، زینت دادن، موشح ساختن، نوشته ای را به مهر و امضای خود زینت دادن است.^{۱۹۱} در اصطلاح حقوقی توشیح امضای قانون مصوب مجلسان شورای ملی یا قانون اساسی مصوب لویه جرگه توسط رئیس جمهور است. ماده ۲ جزء ۲۱ مقرر طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در تعریف توشیح می گفت: «صححه گذاشتن (امضاء) رئیس جمهور به منظور انفاذ سند تقنینی می باشد.» اما، ماده ۳ جزء ۳۶ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی در تعریف توشیح می گوید: «توشیح صححه گذاشتن (امضای) رئیس جمهور به منظور انفاذ سند تقنینی می باشد.»

گفتار دوم) صلاحیت رد مصوبه توسط رئیس جمهور

مطابق بند ۱۶ ماده ۶۴ قانون اساسی توشیح و امضای مصوبه شورای ملی در صلاحیت رئیس جمهور بود. مصوبه شورای ملی، جز در موارد خاصی، بدون توشیح رئیس جمهور اعتبار قانونی پیدا نمی کرد و قانون محسوب نمی شد. مصوبه شورای ملی باید به توشیح رئیس جمهور می رسید. در صورتی که رئیس جمهور مصوبه را قبول نمی داشت و نمی خواست توشیح نماید، باید آن را ظرف ۱۵ روز با ذکر دلایل عدم قبولی، به ولسی جرگه بر می گشتاند. در غیر آن صورت، مصوبه توشیح شده تلقی گردیده و با نشر در جریده رسمی نافذ می گردید. صلاحیت رد مصوبه شورای ملی توسط رئیس جمهور یکی از مصادیق چک و بیبلاانس (بررسی و توازن) است که در ق. ۱ مانند قانون اساسی ایالات متحده آمریکا پیش بینی شده بود.

بنابراین، رئیس جمهور صلاحیت رد مصوبه شورای ملی را داشت که حاکی از قدرت رئیس جمهور در برابر شورای ملی بود. در موردی که رئیس جمهور مصوبه شورای ملی را در موعد ۱۵ روز به ولسی جرگه باز نمی گشتاند و ولسی جرگه با دو ثلث آرای کل اعضا، بدون توجه به نظر رئیس جمهور، آن را عیناً تصویب می نمود، باز هم بدون توشیح رئیس جمهور مصوبه توشیح شده محسوب گردیده و با نشر در جریده رسمی نافذ می شد.

این حکم در ماده ۳۷ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی ۱۳۹۵ پیش بینی شده است که به دلیل تکرار محل ایراد به نظر می رسد. مثال هایی که می توان برای قوانینی که توسط رئیس جمهور رد گردیده و دوباره توسط ولسی جرگه با دو ثلث آرای کل اعضا تصویب گردیده اند، ارائه کرد، عبارت اند از: قانون رسانه های همگانی و قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی.

رئیس جمهور قانون رسانه های همگانی را به شورای عالی ستره محکمه غرض مطابقت با قانون اساسی راجع نمود. شورای عالی ستره محکمه قانون رسانه های همگانی را خلاف قانون اساسی حکم کرد. همچنین، رئیس جمهور مصوبه شورای ملی در مورد کمیسیون نظارت بر تطبیق قانون اساسی را به شورای عالی ستره محکمه راجع نمود.^{۱۹۲}

به طور کلی، طبق ماده ۳۷ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی: «(۱) اسناد تقنینی ای که از طرف شورای ملی تصویب می شوند، در حالات ذیل توسط رئیس جمهور توشیح می گردیدند:

۱. در صورتی که سند تقنینی توسط هر دو مجلس شورای ملی به تصویب رسیده باشد؛
 ۲. در صورتی که موارد اختلافی هر دو مجلس، توسط هیأت مختلط رفع و اتفاق صورت گرفته باشد؛

۳. در صورتی که بعد از به نتیجه نرسیدن هیأت مختلط، ولسی جرگه مصوبه قبلی خود را با دو ثلث کل اعضا دوباره تصویب نموده باشد؛

۱۹۲. در مورد این قرار نک: قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی (۱۳۸۸). ۹۸۶ جریده رسمی.

۴. بودجه ملی، در صورتی که از طرف ولسی جرگه تصویب شده باشد؛
۵. سایر اسنادی که مطابق احکام قانون خاص، بعد از تصدیق یا تأیید شورای ملی نیاز به توشیح داشته باشد؛

(۲) اسناد تقنینی که از طرف حکومت تأیید یا تصویب می شود و نیاز به توشیح دارند:

۱. فرمان تقنینی؛

۲. مقرر و اساسنامه». در دوره اول حکومت طالبان صلاحیت توشیح قوانین را که توسط کابینه تصویب می شد امیر المؤمنین داشت. در دوره دوم نیز قوانین توسط کابینه تصویب می شود و امیر المؤمنین صلاحیت توشیح آن را دارد.

مبحث نهم) نشر در جریده رسمی

مرحله ششم وضع قوانین عادی، مرحله نشر است. فرامین تقنینی، اساسنامه ها و مقررات نیز طبق قانون نشر و انفاذ اسناد تقنینی دولت جمهوری اسلامی افغانستان نشر می شوند.

گفتار اول) تعریف و هدف نشر

نشر در لغت به معنی پخش کردن، انتشار دادن و پراکنده کردن است. در اصطلاح حقوقی به چاپ و طبع کردن و پخش یک اثر و قانون نشر می گویند.^{۱۹۳} ماده ۳ جزء ۳۸ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی در تعریف نشر در مفهوم محدود می گوید: «نشر چاپ کردن سند تقنینی در جریده رسمی است که به منظور آگاهی عامه از احکام سند تقنینی صورت می گیرد.»

هدف از نشر اسناد تقنینی آگاهی عموم از وجود، دریافت و تطبیق قانون است. این هدف در ماده اول قانون طرز نشر اسناد تقنینی دولت جمهوری اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی ۷۸۷ نافذ ۱۴۲۰ هجری قمری نیز پیش بینی شده بود. این ماده تصریح می نمود: «این قانون به منظور مطلع شدن تمام ادارات رسمی و غیر رسمی و اتباع کشور از قوانین، فرامین، مقررات، اساسنامه ها، مصوبه ها و سایر اسنادی که ماهیت تقنینی داشته و تنظیم طرز نشر و انفاذ آن وضع گردیده است.»

بنابراین، اسناد تقنینی باید برای بار اول در نشریه دولتی به نام «جریده رسمی» منتشر گردد. اهمیت نشر قانون در این است که از طریق نشر شهروندان از موجودیت قانون آگاه می شوند و حقوق و تکالیف خویش را می دانند و نمی توانند ادعا نمایند که از قانون بی خبر بوده اند، زیرا در این مورد یک اصل کلی مهم حقوقی وجود دارد که تصریح می نماید: بی خبری از قانون عذر پنداشته نمی شود.^{۱۹۴}

گفتار دوم) مرجع و زمان نشر

۱۹۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۴۰.

۱۹۴. این اصل با توجه به اهمیت آن در ق. انیز پیش بینی شده بود. ماده ۵۶ ق. ۱ در این مورد تصریح می نمود: «پیروی از احکام قانون اساسی، اطاعت از قوانین و رعایت نظم و امن عامه وجبیه تمام مردم افغانستان است. بی خبری از احکام قانون عذر دانسته نمی شود.»

وزارت عدلیه صاحب امتیاز جریده رسمی در افغانستان است (ماده ۴۳ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی). اداره امور که یکی از ادارات اجرایی ریاست جمهوری و در حال حاضر کابینه است، مکلف است اسناد تقنینی را غرض نشر به وزارت عدلیه بفرستد. ماده ۴۳ فقره ۴ مقرر طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در این باره حکم می نمود: «اداره امور مکلف است سند تقنینی را که از طرف کابینه یا شورای ملی تصویب و یا تصدیق گردد حسب احوال بعد از منظوری یا توشیح رئیس جمهور غرض نشر در جریده رسمی به وزارت عدلیه ارسال نماید.»

اما، اصلاحاتی که در این ماده صورت گرفت این مدت را دو روز کاری معین نمود. ماده ۳۸ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی در این خصوص حکم می نماید: «اداره امور مکلف است اسناد تقنینی را حسب احوال بعد از توشیح رئیس جمهور، یا بعد از تصویب کابینه، در خلال دو روز کاری، غرض نشر در جریده رسمی، رسماً به وزارت عدلیه ارسال نماید.»

علاوه بر این، طبق ماده ۳۹ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی: «هیأت اداری ولسی جرگه مکلف است اسناد تقنینی را که مطابق حکم ماده (۹۴) قانون اساسی توشیح شده محسوب می شوند، در خلال مدت دور روز کاری بعد از سپری شدن پانزده روز از تأریخ تقدیم، یا بعد از تصویب مجدد آن با دو ثلث توسط ولسی جرگه، رسماً و مستقیماً غرض نشر در جریده رسمی به وزارت عدلیه ارسال نماید.» نص این ماده در قوانین قبلی وجود نداشت.

وزارت عدلیه بعد از دریافت قانون توشیح شده آن را از طریق ریاست نشرات در جریده رسمی به نشر می رساند. در مورد ظرف زمانی که در آن باید اسناد تقنینی نشر شوند، قوانین افغانستان مسکوت بود. با توجه به سکوت قوانین افغانستان در مورد ظرف زمانی کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی نظریه حقوقی ذیل را ابراز نمود:

شماره ۱۹

نظریه حقوقی کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی در باره لزوم تعیین تأریخ چاپ، نشر و انفاذ اسناد تقنینی

کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی موضوع تعیین تأریخ چاپ، نشر قانون و انفاذ اسناد تقنینی را به موجب حکم جزء دوم ماده (۸) قانون این کمیسیون در مجلس عادی روز یکشنبه مؤرخ ۳/۸/۱۳۹۰ مطرح و بعد از بحث و بررسی، نظریه ذیل را به منظور رعایت و تطبیق احکام قانون اساسی ابراز کردند:

۱. به منظور رعایت و تطبیق احکام مواد (۹۰) و (۹۴) قانون اساسی که قانون گذاری را در صلاحیت شورای ملی قرار داده است، لازم است مشخص گردد اسناد تقنینی طی چه مدتی بعد از توشیح رئیس جمهور و یا تصویب آن با دو ثلث آرای کل اعضای ولسی جرگه مطابق حکم فقره ۳ ماده ۹۴ قانون اساسی

در جریده رسمی نشر می گردد. چون در غیر این صورت با تأخیر در چاپ قانون، زمینه انفاذ و تطبیق آن سلب و عملاً صلاحیت قانونی قوه مقننه نقض می شود.

به این منظور ایزاد و تعدیل ذیل در قانون «نشر و انفاذ اسناد تقنینی» ضروری می باشد:

اول: ماده ای تحت عنوان ماده ششم به این مضمون ایزاد گردد: «مصوبات شورای ملی بعد از توشیح رئیس جمهور و همچنین مصوبات این شورا که به موجب احکام بند های ۲ و ۳ ماده ۹۴ قانون اساسی توشیح شده محسوب می گردد، حداکثر در خلال (برای مثال یک ماه) از تأریخ توشیح، در مورد حکم بند دوم ماده ۹۴ قانون اساسی از تأریخ انقضای مهلت قانونی استرداد آن به شورای ملی و در مورد حکم بند سوم ماده متذکره از تأریخ تصویب آن با دو ثلث آرای کل اعضای ولسی جرگه در جریده رسمی نشر گردد.»

دوم: ماده دهم (در قانون نافذ موجود) مطابق این مضمون تعدیل گردد: «وزارت دولت در امور پارلمانی مکلف است اسناد تقنینی مندرج ماده ششم این قانون را در خلال (برای مثال هفتاد ساعت) جهت نشر به ریاست نشرات وزارت عدلیه ارسال نماید. اگر در این مدت وزارت دولت در امور پارلمانی قانون را جهت نشر به اداره مذکور ارسال نکند، هیأت اداری ولسی جرگه می تواند اسناد تقنینی یاد شده را مستقیماً به ریاست نشرات وزارت عدلیه جهت نشر ارسال نماید.»

[...] ۱۹۵

اصلاحاتی که در اسناد تقنینی مربوط به قانون و قانونگذاری در سال ۱۳۹۵ صورت گرفت این مدت معین شد. ماده ۴۰ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی ۱۳۹۵ در این خصوص حکم می نماید: «(۱) وزارت عدلیه مکلف است به منظور آگاهی مسئولین، کارکنان ادارات دولتی و غیردولتی و سایر اتباع کشور، قوانین، فرامین تقنینی و اسناد حقوق بین الملل که افغانستان به آن ملحق شده است را بعد از توشیح یا بعد از آنکه مطابق ماده ۹۴ قانون اساسی توشیح شده محسوب گردد، حداکثر در خلال مدت ۱۵ روز و سایر اسناد تقنینی را بعد از توشیح، حداکثر در خلال ۳۰ روز در جریده رسمی نشر نماید. (۲) اسناد تقنینی که نشر آن ایجاب استعجالیت را می نماید، در اسرع وقت به شکل فوق العاده، در جریده رسمی نشر می شود. (۳) اسناد تقنینی همزمان با نشر در جریده رسمی در وب سایت وزارت عدلیه نشر می گردد.»

گفتار سوم) موضوع و زبان نشر

طبق ماده ۵ قانون طرز نشر اسناد دولت جمهوری اسلامی افغانستان: «اسناد ذیل در جریده رسمی نشر می گردد: ۱- اعلامیه های دولت جمهوری اسلامی افغانستان که ایجاب اطلاع عامه را نماید،

قوانین، مصوبات و سایر اسناد تقنینی پارلمان؛ ۲- فرامین و سایر اسناد تقنینی دولت جمهوری اسلامی افغانستان که ماهیت تقنینی داشته باشند؛ ۳- مقررات، اساسنامه ها و مصوبات کابینه که ماهیت تقنینی داشته باشند؛ ۴- قراردادها، موافقت نامه ها و مقاوله های بین المللی ای که از جانب دولت جمهوری اسلامی افغانستان امضاء می گردد و فرامین در باره تصویب آنها؛ ۵- اسناد تقنینی ای که مطابق حکم قانون، ستره محکمه صلاحیت تصویب آن را داشته باشد؛ ۶- سایر موضوعات تقنینی ای که نشر آن به موجب حکم قانون لازم بوده و علایم تجارتي محاکم و اعلانات ثبت.». اما، به موجب ماده ۴۴ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی که ناسخ قانون مذکور است: «اسناد تقنینی ذیل در جریده رسمی به نشر می رسد:

۱. قانون، تعدیل، ایزاد، الغا، حذف احکام آن و فرمان رئیس جمهوری اسلامی افغانستان مبنی بر توشیح و مصوبات مجلسین شورای ملی در مورد آن؛
۲. فرامین تقنینی حکومت؛
۳. معاهدات، موافقت نامه ها، میثاق های بین المللی، پروتوکول های الحاقی آنها و اسناد حقوق بین الملل که از جانب شورای ملی تصدیق می گردد، فرمان رئیس جمهوری اسلامی افغانستان مبنی بر توشیح و مصوبات مجلسین شورای ملی در مورد آنها؛
۴. فرامین، تعدیل، ایزاد، الغا و حذف آن احکام آن؛
۵. مقرر، تعدیل، ایزاد، الغا و حذف احکام آن و مصوبات حکومت در مورد آن؛
۶. اساسنامه، تعدیل، ایزاد و الغا و حذف احکام آن و مصوبات حکومت؛
۷. مصوبات حکومت که ماهیت تقنینی داشته باشد؛
۸. لایحه و طرز العمل، تعدیل، ایزاد، الغا و حذف احکام آن و مصوبات مسؤول اداره در مورد آن؛
۹. خصوصیات و علامت تجارتي ثبت شده.».

طبق ماده ۴۵ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی: «اسناد تقنینی مندرج ماده چهل و چهارم این قانون در دو زبان رسمی کشور (پشتو و دری) نشر می گردد. هر صفحه در دو ستون تنظیم می گردد که ستون سمت راست به زبان پشتو و ستون سمت چپ به زبان دری اختصاص دارد.». تیراژ نشر اسناد تقنینی بادر نظر داشت اهمیت و ضرورت آن از طرف وزارت عدلیه تعیین می گردد (ماده ۴۶ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی).

مبحث دهم) انفاذ

بعد از مرحله نشر مرحله انفاذ قانون فرا می رسد.

گفتار اول) تعریف

انفاذ از ریشه نفاذ گرفته شده است که در لغت به معنی اجرا کردن و انجام دادن فرمان است. ۱۹۶ ماده ۳ جزء ۳۹ قانون طرز طی مراحل و نشر اسناد تقنینی در تعریف انفاذ می گوید: «انفاذ مرحله ای است که سند تقنینی لازم الاجرا گردیده و قابلیت تطبیق را پیدا می کند.

گفتار دوم) زمان انفاذ قانون

طبق ماده ۴۲ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی: «اسناد تقنینی مندرج در این قانون به تفصیل ذیل نافذ می گردد:

۱. قانون بعد از توشیح رئیس جمهور و نشر در جریده رسمی مگر این که در متن قانون طور دیگری تصریح شده باشد؛

۲. قوانینی که طبق ماده (۹۴) قانون اساسی توشیح شده محسوب می شود، بعد از نشر در جریده رسمی مگر این که در متن قانون طور دیگر تصریح شده باشد؛

۳. فرمان تقنینی بعد از توشیح رئیس جمهور و نشر در جریده رسمی مگر این که در متن قانون طور دیگری تصریح شده باشد؛

۴. بودجه ملی بعد از توشیح رئیس جمهور؛

۵. اصول و وظایف داخلی مجلسین شورای ملی بعد از تصویب مجلس مربوطه؛

۶. مقرر بعد از توشیح رئیس جمهور و نشر در جریده رسمی مگر این که در متن مقرر طور دیگری تصریح شده باشد؛

۷. اساسنامه بعد از توشیح رئیس جمهور و نشر در جریده رسمی مگر این که در متن اساسنامه طور دیگری تصریح شده باشد؛

۸. طرز العمل بعد از امضای مسؤول نهاد یا اداره مربوطه؛

۹. لایحه بعد از امضای مسؤول اداره مربوطه.». طبق نص این ماده اسناد تقنینی از تاریخ نشر در جریده رسمی نافذ می گردد، مگر این که در خود اسناد تقنینی طور دیگری پیش بینی شده باشد. بنابراین، در نظام حقوقی افغانستان اسناد تقنینی به طور خودکار نافذ نمی شوند.

این امر دلایل متعدد دارد: اولین دلیل عدم دسترسی همه اتباع به اینترنت و در نتیجه دسترسی به اسناد تقنینی نافذ از طریق آن است. دومین دلیل کوهستانی و صعب العبور بودن برخی ولایات افغانستان است. شهروندان به دو صورت از موجودیت قانون مصوب مطلع می شوند: اطلاع واقعی و اطلاع فرضی. هرگاه اطلاع واقعی شهروندان را مدنظر بگیریم، اجرای قانون در عمل با مشکل مواجه می شود، زیرا هر کس می تواند ادعا نماید که از قانون آگاه نبوده است.

از همین رو، در علم حقوق اطلاع فرضی مدنظر قرار می‌گیرد؛ به این توضیح که: با انتشار قانون در جریده رسمی فرض بر این گرفته می‌شود شهروندان از موجودیت قانون مطلع شده‌اند. با قبول اطلاع فرضی به عنوان یک قاعده عام، مردم سعی خواهند کرد که همیشه از انتشار جریده رسمی اطلاع یافته و از قوانین و مقررات انتشار یافته در جریده رسمی با خبر شوند.

باید اضافه نمود که قوانین وضعی بر خلاف قوانین الهی از نظر زمان محدود و منحصر به زمان معین هستند و در همه زمان‌ها قابل تطبیق نیستند. روی همین دلیل، جلد اول، باب تمهیدی فصل اول، قسمت دوم و سوم مواد ۱۰ الی ۱۵ ق. م احکام معین را در باره تطبیق قانون از حیث زمان وضع نموده است. قانون جدید در قسمتی که با قانون سابق مخالف باشد، آن را نسخ می‌کند. بنابراین، با وضع هر قانون این پرسش به میان می‌آید که آیا احکام آن با احکام قانون گذشته متعارض است و یا نه؛ و اگر احکام دو قانون متعارض است، وقایعی که در زمان انفاذ این دو قانون به وقوع پیوسته، تابع کدام یک از آنها است؟

در این گونه موارد است که تعارض قوانین از حیث زمان مطرح می‌شود. در گذشته، همه قواعد ناظر بر رفع تعارض قوانین را تحت عنوان «عدم تأثیر قوانین نسبت به گذشته» بررسی می‌کردند و چنین تصور می‌کردند که تمام مسایل مربوط به تعارض قوانین در زمان با اجرای درست این قاعده حل می‌شود، در حالی که بی‌اثر بودن قانون در گذشته، تنها یکی از چهره‌های مربوط به این تعارض است و بر علاوه حکومت قانون نسبت به آینده نیز باید مورد توجه قرار بگیرد.^{۱۹۷}

قانون پس از نشر نافذ می‌شود و به ماقبل رجعت نمی‌نماید، مگر در حالات خاص. ماده ۱۰ فقره های اول و دوم ق. م در این باره حکم می‌نماید: «(۱) احکام قانون بعد از نشر قابل تطبیق می‌گردد؛ و (۲) احکام قانون به ما قبل رجعت نمی‌کند، مگر در حالاتی که در خود قانون تصریح شده و یا احکام آن متعلق به نظام عامه باشد». حکم این ماده حاوی دو قاعده مهم است اول اینکه: اثر قانون به گذشته رجعت نمی‌کند، مگر اینکه در خود قانون تصریح شده و یا قانون مربوط به نظم عمومی باشد؛ و دوم اینکه: اثر قانون نسبت به آینده است که بحث تفصیلی آن مربوط به حقوق مدنی افغانستان است.^{۱۹۸}

مبحث یازدهم) تعدیل، حذف، ایزاد، ضمایم و نسخ قانون عادی

تعدیل، حذف، ایزاد و ضمایم قوانین عادی نیز تابع فرایند وضع و تصویب قانون است. قانون عادی نیز مانند قانون اساسی امکان دارد نسخ گردد.

گفتار اول) تعدیل

۱۹۷. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۲۷؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۷۹). کلیات حقوق، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۳۹۱ و ۳۹۲.
 ۱۹۸. نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: منابع حقوق مدنی، تطبیق قانون از حیث زمان و اشخاص حقیقی و حکمی، چاپ چهارم، انتشارات سعید، کابل: افغانستان، صص ۴۲-۵۴.

تعدیل قانون نیز تابع فرایند وضع قانون است که به تفصیل مورد بررسی قرار گرفت.

گفتار دوم) حذف

حذف در لغت به معنی قطع کردن، انداختن، ساقط کردن و دور کردن است.^{۱۹۹} در اصطلاح حقوقی حذف عبارت از برداشتن مواد معین از قانون است. ماده ۲ جزء ۹ مقرر طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در تعریف حذف می‌گفت: «حذف زایل ساختن حروف، کلمات، جملات یا اعداد از حکم سند تقنینی نافذ یا زایل ساختن حکم یا احکامی از آن می‌باشد.» اما، ماده ۳ جزء ۲۷ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی که ناسخ مقرر است در تعریف حذف می‌گوید: «حذف برداشتن و زایل ساختن حکم یا احکام ماده یا مواد، فقره یا فقرات، بند یا بند های از یک سند تقنینی نافذ و یا طرح قانون حین تصویب در شورای ملی است.» به نظر می‌رسد فرق حذف با تعدیل این است که در تعدیل مواد قانون عوض می‌شود، اما در حذف، مواد قانون کاملاً حذف می‌شود.

گفتار سوم) ایزاد

ایزاد در لغت به معنی ازدیاد و زیاد کردن و اضافه نموده است. در اصطلاح حقوقی ایزاد عبارت از اضافه نمودن برخی احکام جدید در قانون قدیم است. ماده ۲ جزء ۸ مقرر طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در تعریف ایزاد می‌گفت: «ایزاد اضافه نمودن حروف، کلمات، جملات یا اعداد در حکم سند تقنینی نافذ یا اضافه نمودن حکم یا احکام در آن می‌باشد.»

اما، ماده ۳ جزء ۲۶ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی که ناسخ مقرر است در خصوص تعریف ایزاد می‌گوید: «ایزاد اضافه کردن حکم یا احکام ماده یا مواد، فقره یا فقرات، بند یا بندهای جدید در سند تقنینی نافذ و یا طرح قانون حین تصویب در شورای ملی است.» مثالی که بتوان به ایزاد ارایه کرد عبارت است از: فرمان هیأت رئیسه شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان در باره ایزاد و تکمیل در قانون مدنی، شهر کابل شماره: (۷۷)، تاریخ: ۱۳۶۵/۴/۱۰ است.

گفتار چهارم) ضمائم

ضمائم جمع ضمیمه است و ضمیمه مؤنث ضمیم است که در لغت به معنی همراه، چیزی که آن را به چیز دیگری جمع کرده باشند و پیوست است.^{۲۰۰} در اصطلاح حقوقی ضمیمه عبارت از قانون و یا فرمانی است که ضمیمه قانون دیگر جهت تکمیل آن شده باشد. ماده ۲ جزء ۱۲ مقرر طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در تعریف ضمیمه می‌گفت: «ضمیمه حکم یا احکام جدید است که نظر به ضرورت و حالات خاص به حیث متمم بر سند تقنینی نافذ ملحق می‌گردد.»

اما، ماده ۳ جزء ۳۰ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی که ناسخ مقرر است در خصوص تعریف ضمیمه می‌گوید: «ضمیمه احکام یا مواد جدید است که به صورت مستقل وضع،

۱۹۹. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۵۱۸.

۲۰۰. همان، حسن عمید، ص ۸۳۸.

تصویب و نافذ گردیده و به حیث متمم به سند تقنینی نافذ محلق می گردد.» مثالی که می توان برای ضمیمه ارایه کرد عبارت است از: فرمان هیأت رئیسه شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان، شهر کابل، شماره: ۲۵۵، تاریخ: ۷ / ۸ / ۱۳۶۶ هیأت رئیسه شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان به تأسی از حکم ماده (۴۴) اصول اساسی جمهوری دموکراتیک افغانستان است.

گفتار پنجم) نسخ قانون عادی

در نظام حقوقی افغانستان صلاحیت نسخ قانون را همان مراجع ای که صلاحیت وضع قوانین را دارند، حایز می باشند. مبنای نسخ قوانین عادی توسط شورای ملی بند ۱ ماده ۹۰ قانون اساسی است که لغو قوانین را در صلاحیت شورای ملی قرار داده است. قانون ناسخ برای این که نافذ شود باید مراحل قانونگذاری یعنی تسوید، تدقیق، تأیید، تصویب، توشیح و نشر را سپری نماید.

فصل چهارم: فرمان

نوع سوم قانون در مفهوم عام فرمان تقنینی است. تا آنجا که مؤلف برخی نظام حقوقی مدل مانند انگلستان، فرانسه، آلمان، جمهوری اسلامی ایران و نظیر اینها را مطالعه کرده است، در این نظام ها فرمان تقنینی در مفهومی که در نظام حقوقی افغانستان وجود دارد، وجود ندارد. در نظام حقوقی امریکا رئیس جمهور صلاحیت صدور دستور اجرایی (Executive order) را دارد.

به نظر می رسد فرمان تقنینی میراث نیاکان افغان ها مانند پادشاه های سابق است که اول در قانون اساسی ۱۳۴۳ ظاهر شاه پیش بینی شد و سپس در قانون اساسی ۱۳۸۲ منتقل شد. طبق ق. ۱۳۸۲ | رئیس جمهور می توانست برای مدت سه ماه از طریق فرمان مملکت را اداره نماید و یکی از وظایف ذاتی شورای ملی را که قانونگذاری بود به خود انتقال دهد. صدور فرامین تقنینی توسط رئیس جمهور مخالف اصل تفکیک قوا بود. در این فصل، تعریف فرمان (مبحث اول) و انواع فرمان (مبحث دوم) را مورد بحث قرار می دهیم.

مبحث دوم) تعریف فرمان

فرمان^{۲۰۱} در لغت به معنی امر، حکم، حکمی که از جانب شخص بزرگ صادر شود است که جمع آن فرامین می باشد.^{۲۰۲}

گفتار اول) تعریف حقوقی

برخی حقوقدانان فرمان را در اصطلاح حقوقی چنین تعریف نموده اند: فرمان عبارت از هدایت کتبی و سلسله وار مقام عالی دولت یا حکومت که روی موضوعات مختلف در ساحه حقوق عامه مطابق روحیه قانون اساسی صادر می گردد.^{۲۰۳}

201 . Decree/ Ordinance.

۲۰۲. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ص ۹۱۱.

۲۰۳. نصرالله ستانکزی و دیگران (۱۳۸۷). قاموس اصطلاحات حقوقی، کابل: پوهنتون کابل - فاکولته حقوق و علوم سیاسی، ص ۱۸۷.

به نظر می رسد قید کتبی در این تعریف جهت پرهیز از هدایت غیر کتبی مقام عالی دولت یا حکومت است. منظور از سلسله وار شماره مسلسل فرامین است. اما، نقایصی که در این تعریف به نظر می رسد اول این که قید اصدار فرامین در ساحه حقوق عامه است. طبق این تعریف مقام عالی دولت که عبارت از رئیس جمهور است، نمی تواند فرامین را در ساحه حقوق خصوصی صادر نماید. در حالی، در ساحه حقوق خصوصی فرامین متعدد رئیس دولت وجود دارد.^{۲۰۴}

بنابراین، قید ساحه حقوق عامه در این تعریف بی فایده و زاید به نظر می رسد؛ دوم این که در این تعریف میان فرمان تقنینی که قاعده حقوقی است و فرمان غیر تقنینی که هدایت است و غرض امور اجرایی صادر می شود، تفکیک نشده است.

برخی حقوقدانان دیگر فرمان را چنین تعریف نموده اند: فرمان در واقع، قاعده حقوقی دارای قدرت قانون است که مطابق رویه خاص معمولاً پیش بینی شده در قانون اساسی، از سوی رئیس دولت صادر می گردد.^{۲۰۵} این تعریف نیز ناقص به نظر می رسد، زیرا این تعریف صرف ناظر بر فرامین تقنینی است و فرامین غیر تقنینی را در بر نمی گیرد.

به نظر می رسد فرمان عبارت از قاعده حقوقی و دستور اجرایی است که توسط رئیس جمهور صادر می شود. طبق این تعریف، فرامین تقنینی قاعده حقوقی است، زیرا حایز حکم قانون است و از صفت دوام و عمومیت برخوردار است.

اما، فرامین غیر تقنینی دستور است و فاقد ارزش هنجاری است، زیرا با یک بار انجام شدن از بین می رود، مانند: فرمان شماره ۴۵ مورخ ۱۳۹۱/۵/۵ رئیس جمهوری اسلامی افغانستان در مورد تحقق محتویات بیانیه تأریخی اول سرطان سال ۱۳۹۱ در اجلاس فوق العاده شورای ملی که به موجب آن رئیس جمهور به نهاد های مختلف حکومتی وظایف مشخص را جهت تحقق حکومتداری خوب و مبارزه با فساد اداری صادر نمود.

گفتار دوم) تعریف قانونی

مقرره طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی میان فرمان تقنینی و فرمان غیر تقنینی تفکیک قایل شده و هر یک را جداگانه تعریف نموده است. ماده ۲ جزء ۳ مقرره طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی منتشره جریده رسمی شماره ۱۰۸۱ مؤرخ ۲۰ سرطان ۱۳۹۱ هجری شمسی در تعریف فرمان تقنینی می گفت: «فرمان تقنینی مجموعه قواعد حقوقی الزامی است که مطابق ماده ۷۹ قانون اساسی افغانستان طی مراحل گردیده باشد.» ماده ۲ جزء ۴ مقرره طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در تعریف فرمان رئیس جمهور می گفت: «فرمان رئیس جمهور دستور کتبی رئیس جمهور است که به منظور اعمال صلاحیت های مندرج قانون اساسی افغانستان و سایر قوانین نافذه در ساحات مربوط، صادر و ثبت باشد.»

۲۰۴. نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: اشخاص، چاپ چهارم، کابل: انتشارات سعید، صص ۱۷-۱۹.

۲۰۵. محمدی، عبدالعلی (____). بررسی و تبیین فرمان تقنینی در نظام حقوقی افغانستان (____)، (____). صص ۴ و ۵.

به نظر می‌رسد قانونگذار عادی در قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی میان فرمان تقنینی و غیرتقنینی تفکیک قایل شده است. قانونگذار عادی در این قانون فرمان غیرتقنینی را تعریف نکرده است. اما، در تعریف فرمان تقنینی ماده ۳ جزء ۳ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی می‌گوید: «فرمان تقنینی حکومت: عبارت از قواعد حقوقی عام و الزام آور است که در صورت ضرورت عاجل، براساس ماده ۷۹ قانون اساسی توسط حکومت ترتیب و توسط رئیس جمهور توشیح گردیده باشد.».

مبحث اول) انواع فرمان

طبق ق. ۱ فرمان به دو نوع تقسیم می‌شود: فرمان تقنینی (گفتار اول)، و فرمان غیرتقنینی (گفتار دوم).

گفتار اول) فرمان تقنینی

اولین و مهم‌ترین نوع فرامین، فرمان تقنینی است که بعد از توشیح رئیس جمهور اهمیت قانون را حایز می‌گردد. در این گفتار مبنای صدور فرامین تقنینی (۱)، شرایط صدور فرامین تقنینی (۲)، نقش شورای ملی در قبال فرامین تقنینی (۳) و برخی مصادیق فرامین تقنینی (۴) و فرایند وضع فرمان تقنینی (۵) مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱) مبنای صدور فرامین تقنینی: در نظام حقوقی افغانسنان منبع ای که برای رئیس جمهور صلاحیت صدور فرامین تقنینی را می‌داد، ق. ۱ بود. ماده ۷۹ ق. ۱ در مورد این صلاحیت رئیس جمهور تصریح می‌نمود: «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 سی روز از تاریخ انعقاد نخستین جلسه شورای ملی به آن تقدیم شود و در صورتی که از طرف شورای ملی رد شود، از اعتبار ساقط می‌گردد.».

این ماده نسخه برداری ماده ۷۷ قانون اساسی ۱۳۴۳ است که تصریح می‌نمود: «در هنگام تعطیل یا انحلال شورا، حکومت می‌تواند در ساحه مذکور فقره اول ماده ۶۴ برای تنظیم امور عاجل فرامین تقنینی ترتیب کند. این فرامین بعد از توشیح پادشاه حکم قانون را حایز می‌شود. فرامین تقنینی باید در خلال مدت سی روز از تاریخ انعقاد نخستین جلسه به شورا تقدیم گردد و در صورتی که از طرف شورا رد شود از اعتبار ساقط می‌گردد.» ماده ۶۴ قانون اساسی ۱۳۴۳ تصریح می‌نمود: «شورا برای تنظیم امور حیاتی مطابق به احکام این قانون اساسی قوانین وضع می‌کند [...]». چون رئیس جمهور در نظام حقوقی افغانستان صلاحیت انحلال شورا را نداشت، امکان صدور فرامین تقنینی در زمان انحلال شورا در کمیسیون تدقیق حذف شد.

همچنین، به دلیل جمهوری بودن نظام حقوقی - سیاسی جدید افغانستان، صلاحیت توشیح فرامین تقنینی از پادشاه به رئیس جمهور منتقل شد و بقیه ماده به شکلی کنونی در کمیسیون تدقیق مورد تأیید قرار گرفت. ماده ۶۴ ق. ا بند ۱۶ نیز به رئیس جمهور صلاحیت توشیح فرامین تقنینی را می داد. این ماده تصریح می نمود: «رئیس جمهور دارای صلاحیت ها و وظایف ذیل می باشد: -۱۶ توشیح قوانین و فرامین تقنینی.»

۲) شرایط صدور فرامین تقنینی: با توجه به اینکه قانون گذاری یکی از وظایف ذاتی قوه مقننه است، رئیس جمهور صلاحیت وضع قوانین را نداشت. اما، در صورت تعطیل ولسی جرگه، به نظر می رسید که ق. ا به رئیس جمهور صلاحیت صدور و توشیح فرامین تقنینی را به دلیل عدم مواجه شدن دولت با خلا قانون گذاری داده بود (ماده ۷۹ ق. ا). صدور فرمان تقنینی توسط حکومت و توشیح آن توسط رئیس جمهور منوط بر تحقق شرایط آتی بود:

۱- شرط اول این بود که ولسی جرگه در حالت تعطیل می بود. بنابراین، در صورتی که ولسی جرگه در حالت تعطیل نمی بود، رئیس جمهور نمی توانست فرمان تقنینی صادر نماید. طبق ماده ۳۹ اصول وظایف داخلی ولسی جرگه: «مدت کار دو دور اجلاس جرگه در هر سال نه ماه است که به دو دوره کاری چهار و نیم ماهه تقسیم می گردد، مگر اینکه ضرورت مندرج ماده نود و نهم قانون اساسی پیش آید.» بنابراین، «موعد تعطیلات تابستانی و زمستانی ولسی جرگه بالترتیب از پانزدهم جوزا تا اول اسد و از پانزدهم قوس الی اول دلو هر سال می باشد» (ماده ۴۰ اصول وظایف داخلی ولسی جرگه). این حکم در مورد مشرانو جرگه نیز تطبیق می شد.

پرسش این است که چرا در ماده ۷۹ ولسی جرگه ذکر شده است و از مشرانو جرگه تذکر به عمل نیامده است، در حالی که فرامین تقنینی نیز باید بعد از تصویب ولسی جرگه به مشرانو جرگه فرستاده شد (ماده ۱۰۹ اصول وظایف داخلی مشرانو جرگه)؟ زیرا تصویب، تعدیل و لغو فرامین تقنینی نیز از جمله صلاحیت های شورای ملی بود (ماده ۹۰ ق. ا).

در پاسخ باید گفت که دلیل این که در ماده ۷۹ ق. ا صرف از ولسی جرگه تذکر به عمل آمده است، این است که مانند طرح قوانین، فرامین تقنینی نیز بعد از توشیح رئیس جمهور، از طریق وزارت دولت در امور پارلمانی به ولسی جرگه تقدیم می شد. از این رو، در ماده ۷۹ ق. ا صرف از ولسی جرگه تذکر به عمل آمده است.

۲- شرط دوم این بود که ضرورت عاجل ایجاب صدور فرامین تقنینی و توشیح آن توسط رئیس جمهور را می نمود. ضرورت عاجل در قانون اساسی تعریف نشده بود. بنابراین، رعایت این شرط در عمل توسط حکومت فاقد ضمانت اجرایی مناسب بود. ضرورت عاجل در قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی نیز تعریف نشده است. تجارب و مشاهدات نشان می دهد که طرح قوانینی که مهم بود و توسط پروژه های مؤسسات بین المللی مورد حمایت قرار می گرفت، معمولاً در دوره تعطیلی

شورای ملی توسط رئیس جمهور با فرمان تقنینی نافذ می شد، مانند: فرمان تقنینی راجع به نافذ شدن قانون منع خشونت علیه زن که در سال ۱۳۸۹ نافذ شد و شورای ملی به دلیل ادعای مخالفت برخی مواد آن با نصوص شرعی آن را تصویب یا رد ننمود.

همچنین، تجارب و مشاهدات سال های اخیر نشان می دهد که بسیاری از قوانینی که اصلاً ضرورت عاجل در پیوند به آنها وجود نداشت توسط حکومت توسط فرمان تقنینی نافذ شده اند. مثال بارز این قوانین، کُد جزا، قانون اجراءات اداری و امثال اینها بوده است. حتی تجارب و مشاهدات اخیر نشان می دهد که حکومت برخی طرح قوانین را توسط فرمان تقنینی نافذ نموده و تأریخ آن را با پانزدهم جوزا تا اول اسد و با پانزدهم قوس الی اول دلو تطابق داده است.

۳- شرط سوم این بود که فرمان تقنینی راجع به بودجه و امور مالی نباشد، زیرا چنانچه تفصیل آن فصل بودجه خواهد آمد، ترتیب بودجه از جمله صلاحیت های حکومت بود، اما تصویب آن که مشمول تعریف استثنایی قانون می شد، از جمله وظایف های ولسی جرگه بود. بنابراین، رئیس جمهور نمی توانست سند بودجه را توسط فرمان تقنینی در دوره تعطیلی ولسی جرگه نافذ نماید. این ترتیب قانونی به دلیل اهمیت قانون بودجه پیش بینی شده بود. این حکم در ماده ۳۳ فقره ۳ قانون طرز نشر و انفاذ اسناد تقنینی نیز پیش بینی شده است که به دلیل تکرار یک حکم در دو قانون محل ایراد به نظر می رسد.

۴- شرط چهارم این بود که فرامین تقنینی باید توسط حکومت در خلال سی روز از تاریخ انعقاد نخستین جلسه شورای ملی به آن تقدیم می شد (ماده ۹۰ ق.ا). این حکم در ماده ۳۳ فقره ۱ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی نیز پیش بینی شده است که به دلیل تکرار محل ایراد است. اگرچه تجارب نشان می دهد که حکومت فرامین تقنینی را در خلال این مدت به شورای ملی تقدیم می نمود، اما بنا بر دلایل ذیل شورای ملی قادر نبود این فرامین را به اسرع وقت تصویب یا رد نماید:

۱- کمبود منابع انسانی متخصص و عدم پایبندی نمایندگان به وظیفه؛

۲- مشغول بودن اذهان نمایندگان به مسایل سیاسی و اولویت دادن به مسایل سیاسی؛ و

۴- عدم تقیید ظرف زمانی تصویب فرامین تقنینی در قانون اساسی.

۳) نقش شورای ملی: فرمان تقنینی توشیح شده توسط رئیس جمهور در حکم قانون بود و حکومت باید آن را در ظرف سی روز بعد از انعقاد نخستین جلسه ولسی جرگه، از طریق وزارت دولت در امور پارلمانی به این جرگه ارجاع می نمود. بنابراین، به نظر می رسد در نظام حقوقی افغانستان قانون حقیقی و قانون حکمی وجود داشت. قانون حقیقی مشمول تعریف قانون در ماده ۹۴ قانون اساسی می شد و قانون حکمی فرمان تقنینی رئیس جمهور قبل از ارایه آن به شورای ملی بود.

فرمان تقنینی مانند طرح قانون عادی ابتداء به ولسی جرگه و سپس به مشرانو جرگه فرستاده می شد (ماده ۳۴ فقره ۱ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی). مطابق بند ۱ ماده ۹۰ قانون اساسی

تصویب، تعدیل و یا لغو فرامین تقنینی از صلاحیت های شورای ملی بود. این حکم در ماده ۳۴ فقره ۲ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی نیز پیش بینی شده است که به دلیل تکرار محل انتقاد به نظر می رسد. پرسش این است اگر فرامین تقنینی به شورای ملی تقدیم نمی شد تکلیف چیست؟ پرسش دیگر این است که اگر صلاحیت رد یا تصویب فرامین تقنینی توسط شورای ملی به صورت خود کار در قانون اساسی پیش بینی می شد، بهتر نبود؟ در باره پاسخ به سؤال اول قبل از سال ۱۳۹۵ قوانین افغانستان ساکت بود. آقای دانش بر این نظر بود که: در صورتی که فرمان تقنینی در موعد مقرر به شورای ملی تقدیم نشود، از اعتبار ساقط است.^{۲۰۶} این نظر در قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی پیش بینی شد. ماده ۳۳ فقره ۲ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی در این خصوص حکم می نماید: «هرگاه حکومت به هر دلیلی، فرمان تقنینی را در خلال مدت معینه به شورای ملی تقدیم نکند، فرمان تقنینی از اعتبار ساقط و رد شده محسوب می گردد.».

در پاسخ به سؤال دوم به نظر می رسد که اگر این اختیار به صورت خودکار به شورای ملی واگذار می شد بهتر بود، زیرا می توانست جلو سوء استفاده حکومت را بگیرد و تعلل احتمالی آن را بی اثر کند. پرسش دیگر این است که اگر فرامین تقنینی در موعد مقرر در قانون اساسی به شورای ملی تقدیم می شد، تکلیف چیست؟ به علاوه، آیا در قانون موعدی که باید در خلال آن شورای ملی فرامین تقنینی را تصویب یا رد نماید، پیش بینی شده است یا نه؟

در پاسخ به سؤال اول باید گفت که در صورتی که فرامین تقنینی در موعد مقرر به شورای ملی تقدیم می شد، شورای ملی صلاحیت رد یا تصویب آن را داشت (ماده ۹۰ بند ۱). در صورت رد، فرمان تقنینی از اعتبار ساقط می شد مانند فرمان تقنینی رئیس جمهور در مورد اصلاح قانون انتخابات و قانون تشکیل و صلاحیت کمیسیون رسیدگی به شکایت های انتخاباتی، فرمان تقنینی رئیس جمهور در مورد قانون ثبت احوال و نفوس و امثال اینها. اما، در صورت تأیید فرمان تقنینی پس از توشیح دوباره رئیس جمهور به قانون تبدیل می شد، زیرا از نظر شکلی قانون مصوبه مجلسین بود که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد (ماده ۹۴ ق. ۱).

در پاسخ به سؤال دوم باید گفت که موعدی در آن شورای ملی باید فرامین تقنینی را تصویب یا رد نماید، در قانون اساسی پیش بینی نشده است. بنابراین، مطابق ماده ۷۹ ق. ۱ تا زمانی که فرامین تقنینی از طرف شورای ملی رد نشوند دارای اعتبار بودند.

۴) برخی مصادیق فرامین تقنینی: برخی مصادیق فرامین تقنینی در نظام حقوقی افغانستان قرار ذیل

اند:

۱- فرمان رئیس جمهور افغانستان در مورد انفاذ قانون خدمات ملکی شماره (۷۲) تاریخ ۱۴/۶/۲۰۷.۱۳۸۵

۲- فرمان رئیس جمهوری اسلامی افغانستان در باره حذف، ایزاد و تعدیل در برخی از مواد قانون انتخابات.

۵) فرایند وضع: متن قانون توسط حکومت تهیه می گردید و توسط فرمان تقنینی رئیس جمهور بعد از توشیح در جریده رسمی نشر و نافذ می گردید. سپس، فرمان به ولسی و جرگه فرستاده می شد. پس از تصویب ولسی و مشرانو جرگه و توشیح رئیس جمهور، فرمان تقنینی به قانون عادی تبدیل می شد زیرا قانون عادی مصوبه شورای ملی بود که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد. سپس، فرمان تقنینی در جریده رسمی نشر می گردید و بعد از آن نافذ می شد.

گفتار دوم) فرامین غیرتقنینی

فرامین غیرتقنینی که بعد از توشیح رئیس جمهور حایز اهمیت قانون نبود، در نظام حقوقی افغانستان، به خصوص حقوق اداری افغانستان، فراوان است. در ذیل مبنای صدور فرامین غیرتقنینی (۱) و برخی مصادیق آن در نظام حقوقی افغانستان (۲) را مورد بحث قرار می دهیم.

۱) مبنای صدور فرامین غیرتقنینی: در ق. ۱ به صدور فرامین تقنینی توجه شده بود. اما، در خصوص صدور فرامین غیرتقنینی توسط رئیس جمهور نصی وجود نداشت. باوجوداین، برخی احکام قانون اساسی مانند بند ۱۸ ماده ۶۴ مبنای صدور فرامین غیرتقنینی رئیس جمهور بود.

به علاوه، رئیس جمهور فرامین غیرتقنینی را براساس عرف سیاسی افغانستان صادر می نمود. قوانین مصوب شورای ملی نیز می توانست صلاحیت صدور فرامین غیرتقنینی را برای رئیس جمهور پیش بینی نماید. برخلاف فرامین تقنینی رئیس جمهور که جنبه هنجاری دارد، فرامین غیرتقنینی رئیس جمهور به شورای ملی فرستاده نمی شد، زیرا فرامین غیرتقنینی رئیس جمهور جنبه اجرایی یا دستور خاص و مؤقت را داشت. بنابراین، شورای ملی فرامین غیرتقنینی رئیس جمهور افغانستان را دریافت نمی نمود.

۲) برخی مصادیق فرامین غیرتقنینی: برخی فرامین غیرتقنینی رئیس جمهور اسلامی افغانستان عبارت اند از:

۱- فرامین راجع به ایجاد ریاست های عمومی مانند اداره عالی نظارت بر تطبیق استراتژی مبارزه با فساد اداری و امثال اینها؛

۲- فرامین راجع به تقرر کارمندان عالی رتبه مانند: وزراء، وزیر مشاورین و ...؛

۳- فرامین راجع به تخفیف و عفو مجازات ها مطابق ماده ۶۴ بند ۱۸ ق. ۱؛

- ۴- فرمان شماره ۴۵ مورخ ۱۳۹۱/۵/۵ رئیس جمهوری اسلامی افغانستان در مورد تحقق محتویات بیانیه تاریخی اول سرطان سال ۱۳۹۱ در اجلاس فوق العاده شورای ملی؛
- ۵- فرمان شماره ۶۶ مورخ ۱۱/۱۲/۱۳۹۳ رئیس جمهور اسلامی افغانستان در مورد ارزیابی پیشنهادات و اسناد ادارات دولتی، ترتیب، ثبت و ابلاغ فرامین و احکام ریاست جمهوری و معاونان او. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که در نظام حقوقی افغانستان دو نوع فرمان وجود داشت: فرمان تقنینی و فرمان غیرتقنینی. تجارب و مشاهدات نشان می دهد که گاهی رئیس جمهور فرمان تقنینی را تحت عنوان حکم و گاهی تحت عنوان فرمان صادر می نمود. همچنین، رئیس جمهور دساتیر اجرایی را تحت عنوان حکم صادر می نمود. این امر تفکیک فرمان تقنینی از غیرتقنینی را مشکل می نمود در حالی که میان فرمان تقنینی و غیرتقنینی فرق های ذیل وجود دارد:
- ۱) فرمان تقنینی قبل از تصویب شورای ملی در حکم قانون بود و بعد از تصویب شورای ملی به قانون عادی تبدیل می شد. اما، حکم رئیس جمهور غرض تصویب به شورای ملی ارجاع نمی گردید.
 - ۲) فرمان تقنینی از صفت دوام که از صفات قواعد حقوقی است برخوردار بود. برعکس، حکم رئیس جمهور از صفت دوام برخوردار نبود و با یک بار اجرا شدن از بین می رفت به این دلیل که حکم رئیس جمهور دستوری کتبی اجرایی بود.
 - ۳) فرمان تقنینی قواعد حقوقی بود. اما، حکم دستور اداری بود. بنابراین، فرمان تقنینی در جریده رسمی نشر می شد و فرمان غیرتقنینی در جریده رسمی نشر نمی شد.
- نقش فرامین به عنوان سند تقنینی در دوره اول و دوم حکومت طالبان بسیار مهم بوده است. در دور اول وزارت عدلیه قوانین را تسوید می کرد و رهبر حکومت طالبان توسط فرمان قوانین را نافذ می کرد. در دوره دوم نیز رهبر حکومت طالبان توسط فرامین قواعد حقوقی معین را ایجاد می نماید. دلیل این امر این است که در دور اول و دوم حکومت طالبان شورای ملی وجود نداشت و ندارد.

فصل پنجم: مقررہ

نوع چهارم قانون در نظام حقوقی افغانستان مقررہ است. در این فصل تعریف مقررہ (مبحث اول) انواع مقررہ (مبحث دوم)، شرایط وضع مقررہ (مبحث سوم) و مبنا و فرایند وضع مقررہ (مبحث چهارم) را مورد بحث قرار می‌دهیم.

مبحث اول) تعریف و انواع مقررہ

گفتار اول) تعریف

مقررات^{۲۰۸} جمع مقرر است و مقرر^{۲۰۹} اسم مفعول از ریشه «قرر» گرفته شده است که در لغت به معنی قرار داده شده، برقرار، برجای و استوار است. همچنین، در علم حقوق و فقه مقررہ معانی مختلفی به قرار ذیل دارد:

(۱) امری که مورد تقریر قرار گرفته باشد؛

(۲) امری که تعیین و تحدید شده باشد؛

(۳) امری که به آن حکم شده باشد؛ یعنی: «محکومٌ بها»؛ و

(۴) امری که بر آن اقرار شده باشد.^{۲۱۰}

از آنچه گفته شد، به خوبی واضح می‌گردد که حکمی که در قانون پیش بینی شده باشد، به آن مقررہ می‌گویند. به عبارت دیگر: به نص یا متن و یا منطوق قانون مقررہ می‌گویند. اما، مقررہ در نظام حقوقی افغانستان این گونه شناخته نشده است. در نظام حقوقی افغانستان به «آیین نامه» مقررہ می‌گویند. در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران به نص (متن/ منطوق) قانون مقررہ می‌گویند که کاملاً استعمال درست به نظر می‌رسد. به عنوان مثال، می‌گویند، مقررات قانون جزا، مقررات قانون اساسی، مقررات قانون مدنی و ... که منظور آنها احکام یا نصوص و یا متون این قوانین است نه متن مصوبه کابینه که در

208 . Regulations.

209 . Declared.

۲۱۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳). تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۴۹.

رأس آن رئیس جمهور قرار دارد. بنابراین، این اصطلاح در حقوق افغانستان همواره موجب سردرگمی حقوق دانان به خصوص محصلین مبتدی حقوق افغانستان می شود. زیرا، مفهوم مقرر قانونی و مقرر به مفهوم خاص در افغانستان در ذهن آنها مغالطه می شود.

به نظر می رسد در نظام حقوقی افغانستان، مقرر مصوبه کابینه است که توسط رئیس جمهور منظور و در جریده رسمی نشر گردیده باشد. این تعریف شکلی است و ناظر بر تشریفات و نهاد تصویب کننده مقرر است. بنابراین، از نظر شکلی، مقرر عبارت از مصوبه کابینه است که قوه مؤسس یا پارلمان (شورای ملی) صلاحیت وضع آن را به قوه مجریه اعطا نموده است.

اما، در مفهوم ماهوی، مقرر مجموعه قواعد حقوقی است حکومت آن را برای اجرای وظایف خویش وضع می نماید. نویسندگان مقرر طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در ماده ۲ جزء ۵، مقرر را چنین تعریف می نمود: «مقرر مجموعه قواعدی است که به منظور تطبیق خطوط اساسی سیاست کشور، تمهیل بهتر احکام قانون و تنظیم وظایف وزارت ها و ادارات دولتی از طرف حکومت وضع گردیده باشد.»

اما، ماده ۳ جزء ۱۱ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی ۱۳۹۵ در تعریف مقرر می گوید: «مقرر مجموعه قواعد حقوقی الزام آور است که به منظور تطبیق خطوط اساسی سیاست کشور، تمهیل بهتر احکام قوانین، تنظیم وظایف وزارت ها و ادارات دولتی و غیردولتی مطابق ماده ۷۶ قانون اساسی از طرف حکومت وضع و تصویب گردیده باشد.»

عبارت «ادارات غیردولتی» در نص این ماده زاید به نظر می رسد. زیرا، ادارات غیردولتی برای پیشبرد و اجرای وظایف خویش مقرر وضع نمی نمایند. صلاحیت وضع مقررات را چنانچه در ق. ا پیش بینی شده است صرف حکومت دارد نه ادارات غیردولتی. این تعریف هم ماهوی است زیرا ناظر بر ماهیت قواعد پیش بینی شده در مقرر است و هم شکلی است زیرا ناظر بر واضع مقرر یعنی حکومت است.

گفتار دوم) انواع مقررات

مقررات در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و افغانستان به دو دسته زیر تقسیم می شود:

۱) **مقررات مستقل:** مقرر مستقل عبارت از مقرر ای است که قوه مجریه آن را در حدود اختیارات خود بدون اینکه به منظور تأمین اجرای قانون معین باشد، وضع می کند.^{۲۱۱} از این تعریف به خوبی معلوم می شود که مقرر مستقل در موارد وضع می شود که در خصوص یک موضوع در قانون اساسی و قانون عادی حکمی موجود نباشد.

به عبارت دیگر: مقرر مستقل زمانی وضع می شود که قانون اساسی در خصوص موضوعی حکمی نداشته باشد و قانون عادی هم در آن خصوص وجود نداشته باشد و حکومت از طریق وضع مقرر رأساً

۲۱۱. محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۴)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه

و مستقیماً بدون این که در مقام اجرای قانون چه اساسی و چه عادی باشد، قواعد وضع نماید. ارایه مثال عینی برای این گونه مقررات مشکل به نظر می رسد. زیرا، تجارت نشان می دهد که ریشه و مبنای هر مقرر بر می گردد به یک قانون عادی و یا قانون اساسی.

۲) مقررات اجرایی: مقررات اجرایی، مقرراتی اند که به منظور تأمین اجرای قانون وضع می شوند، مانند: مقررۀ تنظیم اجراءات و فعالیت های وزارت عدلیه که فعالیت های این وزارت را تنظیم می نماید و مقررۀ تنظیم اجراءات وزارت امور داخله که فعالیت های این وزارت را تنظیم می نماید. این نوع مقررات در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران آیین نامه های اجرایی نامیده می شوند و در واقع مقرراتی اند که برای به منصه اجرا گذاشتن قانون، وضع می شوند.^{۲۱۲}

مبحث دوم) شرایط وضع مقرر

در خصوص شرایط وضع مقررۀ ماده ۷۶ ق. ا می گفت: «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.» طبق نص این ماده برای وضع مقررۀ سه شرط وجود داشت: اول این که حکومت صلاحیت وضع مقررۀ را دارد. دوم این که حکومت می تواند برای تنظیم وظایف و تطبیق خطوط سیاست خارجی مقررۀ وضع نماید. سوم این که مقررۀ مخالف نص و یا روح هیچ قانونی نباشد که هر یک ذیلاً مورد بحث قرار می گیرد:

گفتار اول) وضع مقررۀ توسط حکومت

طبق ماده ۷۶ ق. ا صرف حکومت صلاحیت وضع مقررۀ را داشت. این صلاحیت را قوه مؤسس اصلی به حکومت اعطا کرده بود. حکومت می توانست این صلاحیت را از طریق وضع مقررات مستقل اعمال نماید. همچنین، شورای ملی می توانست این صلاحیت را در قالب قوانین عادی به حکومت اعطا نماید. به این ترتیب که شورای ملی قانون عادی را تصویب و تفصیل و شیوه های اجرای آن را به حکومت واگذار می نمود و حکومت براساس قانون مصوبه شورای ملی مقررۀ وضع می نمود. بنابراین، به نظر می رسد خود شورای ملی صلاحیت وضع مقررۀ را نداشت. اما، می توانست این صلاحیت را در قالب و چهارچوب قوانین عادی به حکومت واگذار نماید و حکومت مقررات اجرایی را وضع و تصویب نماید. مقررات را در مفهوم عام قواعد یا قوانین تفویضی در بسیاری از نظام های حقوقی می نامند.

گفتار دوم) وضع مقررۀ به منظور تطبیق خطوط اساسی سیاست کشور و اجرای وظایف

حکومت

طبق ماده ۷۶ ق. ا حکومت برای تطبیق خطوط اساسی سیاست کشور و اجرای وظایف خویش مقررۀ وضع می نمود. به عبارت دیگر: هدف از وضع مقررات اجرای وظایف حکومت و تطبیق خطوط

اساسی سیاست کشور بود. خطوط اساسی سیاست کشور عبارت زیبا اما مبهم است و میراث دولت های گذشته است و تا کنون تعریف روشنی در باره آن وجود ندارد. همچنین، در مورد خطوط اساسی سیاست کشور مصداقی رسمی وجود نداشت. در حالات متعدد شورای ملی به ویژه ولسی جرگه از رئیس جمهور تقاضای تدوین خطوط اساسی و فرستادن آن به شورای ملی را نمود، اما رئیس جمهور به این تقاضای شورای ملی پاسخ مثبت نداد. کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی در مشوره حقوقی در مورد اتخاذ تصمیم لازم توسط رئیس جمهور جهت دفاع از نظام مبتنی بر قانون اساسی خویش نیز به رئیس جمهور مشوره ارایه نموده است تا خطوط اساسی سیاست کشور را به شورای ملی ارسال نماید.

این کمیسیون در مشوره حقوقی شماره ۲۸ مؤرخ ۵/۳/۱۳۹۰ چنین ابراز نظر نموده است: «...»
 کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی به عنوان نهادی که نظارت از رعایت احکام قانون اساسی را به عهده دارد به موجب حکم جزء سوم ماده ۸ قانون خویش لازم می داند که در راستای نظارت و تطبیق احکام قانون اساسی و به منظور بیرون رفت از وضعیت موجود، موارد ذیل را به مقام محترم ریاست جمهوری پیشنهاد کند: [...] ۳- مقام عالی ریاست جمهوری به موجب حکم فقره دوم ماده ۶۴ قانون اساسی، خطوط اساسی سیاست کشور را جهت تصویب به شورای ملی ارسال خواهند نمود. [...]». ۲۱۳ همچنین، حکومت می توانست برای اجرای وظایف خویش مقرره وضع نماید. وظایف حکومت در ماده ۷۵ قانون اساسی پیش بینی شده بود.

گفتار سوم) مقرره نباید مخالف نص و روح هیچ قانونی باشد

طبق ماده ۷۶ مقرره نباید مخالف نص و روح هیچ قانونی می بود. به نظر می رسد منظور از «هیچ قانون» قانون اساسی و قانون عادی اند. زیرا، از نظر سلسله مراتب مقررات پایین تر از قانون عادی و قانون اساسی قرار دارند. عبارت نص و روح که اولی از اصول فقه گرفته شده و دومی از حقوق غربی زیبا اما مبهم و غیرقابل فهم به نظر می رسند. نص لغتی است که هم در اصول فقه و هم در حقوق استعمال می شود. در اصول فقه نص در لغت به معنی آشکار شدن است. ۲۱۴ معمولاً تعاریفی را که در اصول فقه علمای اصول فقه از نص ارایه می نمایند بسیار مشکل است.

برخی از علمای اصول فقه در تعریف نص می گویند: «نص در اصطلاح آن است که لفظ و صیغه ای آن بر ذات خود بدون موقوف بودن بر امر خارجی دلالت کند و همین معنا مقصود اصل از بیان کلام

۲۱۳. کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی (۱/۴/۱۳۹۰-۲۹-۱۳۹۰). سالنامه کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، صص ۱۱ و ۱۲.

۲۱۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۶۶.

می باشد.»^{۲۱۵} برخی دیگر می گویند: «نص به هر آن خطایی گویند که امکان شناخت با آن وجود داشته باشد.»^{۲۱۶} در فرهنگ های لغت نص به معنی متن، حکم صریح، کلام روشن، صریح و آشکار، کلام صریح و آشکار که جز یک معنا از آن استنباط نشود تعریف شده است.^{۲۱۷}

به نظر می رسد در علم حقوق، نص به متن ماده قانون گویند. هر ماده قانون دارای متن است که در برگیرنده حکم (قاعده حقوقی) است. پس نص متن قانون است و متن امکان دارد یک و یا چندین قاعده حقوقی داشته باشد. هر قاعده حقوقی هدف دارد که به آن به نظر می رسد که روح قاعده می گویند. در خصوص نص، داکتر لنگرودی می نویسد که: نص عبارت از قانون است.^{۲۱۸} نص عبارت از قانون است خواه صریح باشد یا نه.^{۲۱۹} شرط دیگر وضع مقرر این است که مقرر مخالف روح هیچ قانون نباشد. جسم و روح از ترکیبات زنده جان ها است. قوانین از جمله موجودات حیه در مفهوم حقیقی آن نیست. بنابراین، عبارت روح قانون همراه کننده است. باوجود این این ایراد، همه حقوقدانان روح قانون را می شناسند و استعمال می نمایند، چنانچه منتسکیو حقوقدان شهیر فرانسوی نام کتاب خویش را «روح قوانین» گذاشته است.

داکتر کاتوزیان از دست یابی به روح قانون و لزوم استنباط روح قانون بحث می نماید^{۲۲۰} اما به نظر می رسد که تعریف آن مشکل است. داکتر لنگرودی در تعریف روح قانون می گوید: روح قانون (= لحن الخطاب) اصول و نظریه های علمی که بنیاد یک یا چند ماده قانون مملکت باشد مانند قاعده لاضرر که روح مواد باب تقسیم اموال شرکت در قانون مدنی ایران است.^{۲۲۱} برخی دیگر بر این نظر اند که: آنچه مشکل است و تدوین نشده است، روح قانون است که ما آن را اجماع اجتماعی و اخلاقی تفسیر نص قانون تعریف می نماییم، زیرا هنجارهای اجتماعی به طور عموم بیانگر اجماع اجتماعی و اخلاقی است.^{۲۲۲}

۲۱۵. عبدالکریم زیدان (۱۳۸۸). اصول فقه، مترجم: ابو عاصم عبدالناصر زاهدی دروازی، چاپ اول، کابل: انتشارات رسالت، ص ۳۲۷.

۲۱۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۶۶.

۲۱۷. (آخرین بازدید ۱۱/۱۵/۲۰۱۷) <https://www.vajehyab.com> 217.

۲۱۸. محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۷۱۴.

۲۱۹. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۵)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه شماره ۱۳۹۷۹.

۲۲۰. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، جلد (۳)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۱۴۰ و ۶۳.

۲۲۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۳)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه شماره ۷۴۸۰.

222. Mathew T. Gordon. The letter versus the spirit of law. P 4.

با توجه به آنچه گفته شد و با توجه به تفسیر لفظی ماده ۷۶ قانون اساسی، که روح قانون در برابر نص استعمال شده است به نظر می رسد که منظور از روح قانون قصد و هدف قانونگذار است. حال که شروط وضع مقررده تا اندازه ای روشن شد، پرسش این است کدام مرجع صلاحیت بررسی مطابقت مقررات با روح و نص قانون اساسی و قانون عادی را دارد. در پاسخ به این پرسش در نظام حقوقی افغانستان سه نهاد قابل تصور است: نظارت توسط ستره محکمه، نظارت توسط کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی و نظارت قضایی:

۱) ستره محکمه: ستره محکمه مطابق ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان صلاحیت بررسی مطابقت قوانین و فرامین تقنینی و معاهدات بین المللی را با قانون اساسی حسب تقاضای حکومت یا یک محکمه داشت. این ماده حکم می نمود: «بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین الدول و میثاق های بین المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم، مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه می باشد». طبق نص این ماده، ستره محکمه صلاحیت بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات و میثاق های بین المللی را با قانون اساسی براساس تقاضای حکومت یا محاکم داشت.

چنانچه ملاحظه می شود، در این ماده صرف قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات و میثاق های بین المللی پیش بینی شده است نه مقررات. بنابراین، ستره محکمه صلاحیت نظارت بر مطابقت مقررات با قانون اساسی را نداشت. نباید قیاس کرد که در صورتی که ستره محکمه بتواند بررسی مطابقت قوانین عادی، فرامین تقنینی و معاهدات بین المللی را که برتر نسبت به مقررات هستند، دارد به صورت اولی می تواند بررسی مطابقت مقررات را به قانون اساسی را انجام دهد، زیرا در حقوق عامه اولاً این امر خلاف اصل عدم صلاحیت و ثانیاً خلاف اصل حاکمیت قانون است. طبق این دو اصل هیچ نهاد دولتی نمی تواند هیچ کاری را انجام دهد، مگر به موجب قانون. در نتیجه، ماده ۱۲۱ ق. ا ارتباطی با مطابقت مقررات با قانون اساسی نداشت.

۲) کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی: چنانچه تفصیل آن در بخش نهاد های حقوقی خواهد آمد، کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی طبق اصل حاکمیت قانون و اصل عدم صلاحیت، صلاحیت بررسی مطابقت مقررات با قانون اساسی را نداشت.

۳) دعوی اداری: تفصیل دعاوی اداری در مبحث حق دریافت جبران خسارت خواهد آمد. تا سال ۱۳۹۶ شهروندان نمی توانستند در خصوص ابطال مقررات که تصامیم اداری موضوعی تلقی می شوند و تفصیل آن در مبحث حق جبران خسارت خواهد آمد نمایند در محاکم حقوق عامه اقامه دعوی کنند. بنابراین، تا سال ۱۳۹۶ در نظام حقوقی افغانستان در این مورد خلا وجود داشت. اما، با انفاذ قانون اجراءات اداری این خلا رفع گردید. طبق قانون اجراءات اداری هرگاه شهروند علیه تصمیم اداری

موضوعی اداره که در چهارچوب مقرره وضع شده است شکایت داشته باشد، می تواند در دیوان های حقوق عامه اقامه دعوی نمایند و خواهان ابطال مقرره شوند.

مبحث سوم) مبنای و فرایند وضع مقرره

گفتار اول) مبنای وضع مقرره

برای وضع مقررات توسط حکومت مبنای قانونی و عملی وجود دارد. مبنای قانونی وضع مقرره ماده ۷۶ ق. ۱ است که بحث آن گذشت. اما، حکومت می تواند به منظور تنظیم وظایف خویش به وضع مقررات مبادرت ورزد.

۲) ضرورت عملی: مبنای های ضرورت عملی برای وضع مقررات توسط حکومت قرار ذیل

است:

۱- تطبیق قانون اساسی و قوانین عادی: قانون اساسی پایه و بنیاد تمام قوانین است و بر تمام قانون برتری دارد و در آنها نفوذ می نماید. از همین سبب، قانون گذار اساسی با توجه به اهمیت موضوع، یک حکم را در قانون اساسی در مورد موضوع پیش بینی می نماید و تفصیل آن را عمدهً به قوانین عادی واگذار می نماید.

لذا، برای تکمیل این نصوص، قانون گذار عادی، قوانین عادی را وضع می نماید. در برخی موارد تطبیق قوانین عادی نیز ایجاد رعایت شکلیات خاص را می نماید که مربوط به ماهیت عمل نمی باشد، بلکه مربوط به شکلیات عمل است. به عنوان مثال، طبق ماده ۴۳ ق. ۱: «تعلیم حق تمام اتباع افغانستان است که تا درجه لیسانس در مؤسسات تعلیمی دولتی به صورت رایگان از طرف دولت تأمین می شود.»

همچنین، طبق ماده ۴۶ ق. ۱: «تأسیس و اداره مؤسسات تعلیمات عالی، عمومی و اختصاصی وظیفه دولت است. اتباع افغانستان می توانند به اجازه دولت به تأسیس مؤسسات تعلیمات عالی، عمومی، اختصاصی و سواد آموزی اقدام نمایند. دولت می تواند تأسیس مؤسسات تعلیمات عالی، عمومی و اختصاصی را به اشخاص خارجی نیز مطابق به احکام قانون اجازه دهد. شرایط شمول در مؤسسات تعلیمات عالی دولتی و سایر امور مربوط به آن، توسط قانون تنظیم می گردد.»

این نصوص خیلی کلی و عام است و از یک طرف حق تعلیم توسط اتباع افغانستان را به رسمیت شناخته است و از طرف دیگر به اتباع حق داده است تا مؤسسه تحصیلات عالی خصوصی (دانشگاه/پوهنتون خصوصی) ایجاد کنند. اما، اینکه تحت کدام شرایط اشخاص حقیقی می توانند مؤسسه تحصیلات عالی خصوصی ایجاد نمایند و این مؤسسات تحصیلات عالی خصوصی چگونه ثبت شوند، در کجا ثبت شوند، بعد از ثبت و ایجاد شخصیت حکمی دارای چه نوع حقوق و تکالیف باشند (هم در برابر محصلین و هم در برابر وزارت تحصیلات عالی) مسابلی اند که در ق. ۱ تصریح نشده است.

به منظور اجرای این نصوص، چاره ای جز وضع قوانین عادی توسط قانون گذار عادی نیست. به این منظور، قانونگذار عادی، قانون مؤسسات تحصیلات عالی خصوصی را وضع نموده است که پاسخگویی نیازهای فوق است. اما، این قانون نیز به صورت کلی مسایل ماهوی را تنظیم می نماید. بنابراین، جهت تطبیق مسایل شکلی این قانون، وزارت تحصیلات عالی مقررات متعددی را وضع نموده است. از آن جمله است: مقررۀ حقوق و امتیازات همکاران تخنیکي مؤسسات تحصیلات عالی و نیمه عالی، مقررۀ مؤسسات تحصیلات عالی و ... که همه مسایل شکلی قانون مؤسسات تحصیلات عالی را فراهم می نماید.

۲- ضرورت حکومت به ابزارهای لازم حقوقی: جهت اداره کشور و ارایه خدمات عمومی برای اتباع، حکومت باید یک سلسله وظایف را انجام دهد. جهت اجرای این تکالیف، حکومت ضرورت به ابزارهای حقوقی که مسایل خیلی جزئی را تنظیم نماید، دارد. وضع مقررات، در واقع این ابزارها را برای حکومت تأمین می نماید تا حکومت در روشنایی این مقررات وظایف خود را انجام دهد.

۳- طولانی بودن زمان وضع، تصویب و نافذ شدن قوانین: تمام ادارات دولتی در تمام سطوح به مقررات اداری ضرورت دارند. بنابراین، تعداد مقررات نسبت به قوانین زیاد تر است. اگر شورای ملی بخواهد برای هر اداره حکومت مقررۀ وضع نماید، این امر وقت بیش از حد شورای ملی را خواهد گرفت و شورای ملی عملاً با مشکلات زیادی روبرو خواهد شد.

۴- کم اهمیت بودن برخی مقررات: برخی مقررات دارای اهمیت کم تری اند و لذا ایجاب می نمایند تا توسط حکومت وضع و نافذ شوند. به عنوان مثال، اگر یک وزارت بخواهد برای تشکیلات و وظایف خویش یک مقررۀ وضع نماید، اهمیت اندک این مقررۀ ایجاب می نماید تا این مقررۀ توسط خود وزارت وضع شود و وقت شورای ملی را نگیرد.

۵- صلاحیت فنی حکومت: وزارت خانه های قوه اجرائیه دارای بخش های تخنیکي و مسلکی است و برای اجرای امور تخصصی و تخنیکي، مشاوران و متخصصین را استخدام می نماید. بنابراین، طبیعت تخنیکي و فنی بودن امور برخی وزارت خانه ها ایجاب می کند تا خود این وزارت خانه ها برای امور تخنیکي و فنی خود مقررۀ وضع نمایند.

۶- مقررات دارای جنبه های آزمایشی: برخی اوقات برخی مقررات به صورت آزمایشی وضع و به منصفه اجراء گذاشته می شوند و پیش زمینه ساخت قانون هستند. این مقررات اداری ممکن است بعد از مدتی با رعایت قواعد و مراحل قانونگذاری به قانون مبدل شوند. انجام آزمایشی مقررات، نقاط ضعف و قوت آن را به خوبی نمایان می کند و به قانونگذار کمک می کند تا در ارتقای آن، به قانون، به چه مسایلی توجه داشته باشد.^{۲۲۳}

گفتار دوم) فرایند وضع و تعدیل مقررہ

مقررہ در نظام حقوقی افغانستان سند تقنینی به معنای عام است. بنابراین، نحوه وضع آن نیز تابع وضع سایر اسناد تقنینی است و مراحل تسوید، تدقیق، تأیید، منظوری، نشر و انفاذ را باید سپری نماید. در نظام حقوقی افغانستان مقررہ را وزارت، کمیسیون یا اداره ای که به آن ضرورت دارد تسوید می نماید. به حیث مثال، وزارت کار، امور اجتماعی، شهداء و معلولین مقررات مربوط به کار و کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی مقررات مربوط به ادارات خدمات ملکی را تسوید می نمایند.

مقررہ بعد از تسوید، باید غرض تدقیق به انستیتوت امور قانونگذاری فرستاده شود. بنابراین، مرحله دوم وضع مقررہ تدقیق توسط انستیتوت امور قانونگذاری وزارت عدلیه است. انستیتوت امور قانونگذاری بعد از تدقیق باید طرح مقررہ را به کمیته قوانین کابینه بفرستد. این کمیته پس از تأیید باید آن را به شورای وزیران و سپس به کابینه راجع نماید. طرح برای اینکه به مقررہ تبدیل شود، باید توسط کابینه تصویب شود. پس از تأیید کابینه، رئیس جمهور که در نظام حقوقی افغانستان در رأس کابینه قرار داشت و حالا رئیس الوزرا، باید مقررہ را منظور نماید.^{۲۲۴}

برای تنظیم فرایند وضع مقررات قبل از سال ۱۳۹۵ قواعد حقوقی وجود نداشت. اما، این فرایند در سال ۱۳۹۵ در قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی تنظیم گردید. ماده ۷ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی در این خصوص حکم می نماید: «طی مراحل مقررہ و اساسنامه: الف- تسوید از طرف اداره مربوطه؛ ب- تدقیق در وزارت عدلیه؛ ج- تصویب توسط شورای وزیران؛ د- توشیح از طرف رئیس جمهور؛ ه- نشر در جریده رسمی.»

برخلاف طرح قانون که پس از منظوری رئیس جمهور باید غرض تصویب به شورای ملی فرستاده می شد، مقررہ پس از منظوری رئیس جمهور در گذشته و حالا توسط رئیس الوزرا، توسط ریاست نشرات وزارت عدلیه نشر می شود. بعد از نشر، مقررہ نافذ می گردد. ماده ۲۸ فقره ۶ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در این خصوص می گوید: «مقررہ و اساسنامه بعد از تصویب شورای وزیران از طرف رئیس جمهور منظور می گردد.»

تعدیل مقررہ نیز تابع فرایند وضع مقررہ است. به این توضیح که مسوده تعدیل مقررہ توسط اداره یا وزارت ذیصلاح تهیه، توسط انستیتوت امور قانون گذاری وزارت عدلیه تدقیق، توسط کابینه تأیید و در

۲۲۴. مثالی که برای اثبات منظوری مقررہ توسط رئیس جمهور می توان ارایه کرد قرار ذیل است:

مصوبه شورای وزیران جمهوری اسلامی افغانستان در باره انفاذ مقررہ امور ذاتی کارکنان خدمات ملکی
شماره: (۱۸)

تاریخ: ۱۳۸۸/۴/۲۹

مقررہ امور ذاتی کارکنان خدمات ملکی را که به داخل (۵) فصل و (۳۰) ماده از طرف شورای وزیران جمهوری اسلامی افغانستان به تصویب رسیده است، منظور می دارم. این مصوبه همراه با مقررہ مذکور یک ماه بعد از نشر در جریده رسمی نافذ می گردد.

حامد کرزی

رئیس جمهوری اسلامی افغانستان

جریده رسمی نشر می شود. تعدیل مقررہ پس از نشر در جریده رسمی نافذ است. مسودہ مقررہ ناسخ نیز مانند نسخ قانون باید توسط مرجع ای که صلاحیت تسوید مقررہ را دارد، تهیه شود. مسودہ، سپس باید توسط انستیتوت امور قانونگذاری تدقیق شود. مسودہ پس از تدقیق توسط کابینہ باید تأیید شود. مصوبہ باید توسط ریاست نشرات وزارت عدلیہ ج. ا. ا نشر و سپس نافذ شود. مقررہ گذاری در هر دو طور حکومت طالبان به گونه ای است که تفصیل آن در بالا گذشت معمول بوده است.

فصل ششم: اساسنامه

نوع ششم قانون در نظام حقوقی افغانستان اساسنامه است. در این فصل تعریف اساسنامه (مبحث اول) و فرایند وضع اساسنامه (مبحث دوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول) تعریف

اساسنامه در لغت به معین بنیاد نامه و قانون است.^{۲۲۵} طبق ماده چهارم «اساسنامه»^{۲۲۶} انستیتوت امور قانونگذاری و تحقیقات علمی - حقوقی» اساسنامه ها نوع دیگر اسناد تقنینی است. ماده ۳ جزء ۱۲ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی ۱۳۹۶ در تعریف اساسنامه می گوید: «اساسنامه مجموعه قواعد حقوقی و الزام آور است که به منظور تنظیم امور مربوط به تشکیل و صلاحیت مؤسسات علمی یا تحقیقاتی وزارت، ادارات، شرکت ها و تصدی های دولتی از طرف حکومت وضع گردیده باشد.»

از نص این ماده دو عنصر در مورد تعریف اساسنامه قابل برداشت است: نخست این که اساسنامه مانند سایر اسناد تقنینی مجموعه قواعد حقوقی است. دوم این که اساسنامه تشکیل و وظایف برخی نهاد های علمی و تحقیقاتی مانند انستیتوت امور قانونگذاری و تحقیقات علمی - حقوقی وزارت عدلیه، انستیتوت دیپلوماسی وزارت امور خارجه و نظیر اینها، تصدی ها و شرکت های دولتی مانند شرکت آریا، برشنا و نظیر اینها را تنظیم می نماید. بنابراین، اساسنامه ها معمولاً مختص انستیتوت ها، تصدی ها و شرکت ها اند.

تشکیل و صلاحیت برخی ادارات دیگر دولتی یا توسط قانون، مانند قانون خدمات ملکی که تشکیل و وظایف کمیسیون اصلاحات اداری، یا توسط مقرر مقرر تنظیم تشکیل و وظایف وزارت عدلیه و نظیر اینها تنظیم می گردد. این تعریف صرف شامل اساسنامه شخصیت های حکمی عامه مانند: شرکت آریانا، شرکت افغان تیلی کام، شرکت برشنا، تصدی های دولتی و امثال اینها می گردد و در برگیرنده اساسنامه شخصیت های حکمی خصوصی، مانند: شرکت های تجارتي، انجمن ها، شورا ها، احزاب

225. <https://www.vajehyab.com> (۲۰۱۶/۱۵/۵) (آخرین بازدید ۵/۱۵/۲۰۱۶).

. 226 Statute.

سیاسی و امثال اینها نیست، زیرا اساسنامه این اشخاص توسط مؤسسين آن تسويد و تصويب مي گردد و از نظر شكلي فرايند اساسنامه گذاري كه عبارت اند از: تسويد، تدقيق، تأييد و منظوري است را طي نمي نمايد.

مبحث دوم) فرايند وضع اساسنامه ها

اساسنامه هاي شخصيت هاي حكومي عامه در افغانستان توسط شخصيت حكومي عامه كه به اساسنامه ضرورت دارد، تسويد مي شود. سپس، اين اساسنامه در انستيتوت امور قانونگذاري تدقيق مي شود. پس از تدقيق، اساسنامه توسط كابينه تأييد مي شود. پس از تأييد كابينه و منظوري رئيس جمهور يا رئيس الوزرا، اساسنامه ها توسط وزارت عدليه در جريده رسمي نشر مي شوند.

براي تنظيم فرايند وضع اساسنامه قبل از سال ۱۳۹۵ قواعد حقيقي وجود نداشت. اما، اين فرايند در سال ۱۳۹۵ در قانون طرز طي مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنيني تنظيم گرديد. ماده ۷ قانون طرز طي مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنيني در اين خصوص حكم مي نمايد: «طرز طي مراحل مقرر و اساسنامه: الف- تسويد از طرف اداره مربوطه؛ ب- تدقيق در وزارت عدليه؛ ج- تصويب توسط شوراي وزيران؛ د- توشيح از طرف رئيس جمهور؛ ه- نشر در جريده رسمي.» برخي از اساسنامه هايي كه، به حيث مثال، به اين گونه طي مراحل شده اند عبارت اند از:

۱- مصوبه شماره (۱۰) مؤرخ ۱۳۸۵/۴/۲۶ شوراي وزيران جمهوري اسلامي افغانستان راجع به اساسنامه د آريانا افغان هوايي شركت.^{۲۲۷}

۲- مصوبه شماره ۱۲ مورخ ۱۳۸۶/۴/۴ شوراي وزيران در مورد انفاذ اساسنامه انستيتوت امور قانونگذاري و تحقيقات علمي حقيقي.^{۲۲۸}

۳- مصوبه شماره ۱۴ مؤرخ ۱۳۸۶/۴/۱۳ شوراي وزيران در مورد انفاذ اساسنامه شركت آبرساني و كاناليزاسيون شهري افغان.^{۲۲۹}

۴- مصوبه شماره ۵۰ مورخ ۱۳۸۶/۱۲/۲۷ شوراي وزيران در باره انفاذ اساسنامه د افغانستان برشنا شركت^{۲۳۰} شخصيت هاي حكومي خصوصي مانند: شورا ها، انجمن ها، بنياد ها، وقف، احزاب سياسي، سازمان هاي اجتماعي، مؤسسات غير حكومتي و امثال اينها نيز داراي اساسنامه اند. منتها، اساسنامه اين شخصيت هاي حكومي خصوصي تابع فرايند تدوين و تصويب اساسنامه شخصيت هاي حكومي عامه نيست. اساسنامه هاي شخصيت هاي حكومي خصوصي توسط هيأت مديره خود

۲۲۷. وزارت عدليه، فهرست تاريخوار جريده رسمي و فهرست كامل چهل و سه ساله اسناد تقنيني از ۶ حوت سال ۱۳۴۱ الى ۱۶ حوات ۱۳۸۵، ص ۲۷۶.

۲۲۸. منتشره جريده رسمي شماره ۱۳۸۶/۴/۹۲۴، ۲۰ هجري شمسي.

۲۲۹. منتشره جريده رسمي شماره ۱۳۸۶/۴/۹۲۴، ۲۰ هجري شمسي.

۲۳۰. منتشره جريده رسمي شماره ۱۳۸۷/۲/۱۵، ۹۴۵ هجري شمسي.

شخصیت حکمی تصویب و صرف در مراجع معین دولت ثبت می شوند. به حیث مثال، احزاب سیاسی و سازمان های اجتماعی در وزارت عدلیه و مؤسسات غیرحکومتی در وزارت اقتصاد ثبت می شوند. اساسنامه گذاری به گونه ای که تفصیل آن گذشت در هر دو دور حکومت طالبان معمول بوده است.

فصل هفتم: لایحه

نوع هفتم قانون در مفهوم عام لایحه است. در این فصل تعریف لایحه (مبحث اول) و فرایند وضع لایحه (مبحث دوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول) تعریف

لایحه مؤنث لایح، از ریشه «لوح» گرفته شده است که در لغت به معنی طرح، مکتوب، نوشته و ظاهر است. در اصطلاح حقوقی لایحه دارای دو معنی است:

۱) قواعد پیش نویس که حکومت برای قانونگذاری به شورای ملی ارایه می نماید. در این مفهوم، لایحه معادل «پیش نویس قانون»^{۲۳۱} است.^{۲۳۲} این نوع لایحه را در نظام حقوقی افغانستان طرح قانون می گویند.

۲) لایحه عبارت از قواعد حقوقی است که توسط ادارات ذیربط وضع و منظور می شوند، مانند: لایحه امتحانات شمول در مؤسسات تحصیلات عالی و نیمه عالی، لایحه تحصیلات دوره ماستری، لایحه تبدیل محصلان، لایحه امتحانات مؤسسات تحصیلات عالی، لایحه نظارت و ارزیابی از مؤسسات تحصیلات عالی خصوصی، لایحه سیستم کزیدت مؤسسات تحصیلات عالی، لایحه نظم و دسپلین، لایحه شمولیت در کادر علمی مؤسسات تحصیلات عالی افغانستان و نظیر اینها.

لوايح در نظم حقوقی افغانستان توسط ادارات حکومتی تسوید و توسط وزیر و یا رئیس اداره تصویب می شود و ضرورت به تصویب کابینه و کابینه ندارد که بحث آن در فصل چهارم خواهد آمد. ماده ۳ جزء ۱۳ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی ۱۳۹۵ در تعریف لایحه می گوید: «لایحه مجموعه قواعد حقوقی است که چگونگی اجراءت و فعالیت های وزارت ها یا ادارات دولتی را در موضوعات

خاص و استقامت دهی معنی تنظیم و در مطابقت با قانون توسط وزارت یا اداره مربوط وضع و تصویب می گردد.».

مبحث دوم) فرایند وضع و تعدیل لایحه

لوايح که برای شرح و توضیح مقررات وضع می شوند، فرایند وضع و تصویب آنها با مقررۀ متفاوت است. لوايح در نظام حقوقی افغانستان توسط وزارت، اداره یا کمیسیون که به آن ضرورت دارد تسويد می شود و بر خلاف مقررات و قوانین غرض تدقیق به انستیتوت امور قانونگذاری وزارت عدلیه فرستاده نمی شود.

بر خلاف مقررۀ که توسط کابینه تصویب می شود، لوايح توسط حکم وزیر و یا رئیس اداره منظور می شود. قوانین و مقررات توسط ریاست نشرات وزارت عدلیه نشر می گردد، اما لوايح معمولاً توسط خود وزارت، اداره و یا کمیسیون نشر می شود. لوايح معمولاً در صفحات انترتی وزارت ها و ادارات نشر می شوند. لوايح بعد از نشر نافذ می باشند.

برای تنظیم فرایند وضع لایحه و طرزالعمل قبل از سال ۱۳۹۵ قواعد حقوقی وجود نداشت. اما، این فرایند در سال ۱۳۹۵ در قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی تنظیم گردید. ماده ۷ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی در این خصوص حکم می نماید: «طی مراحل لایحه و طرزالعمل: «طی مراحل لایحه و طرزالعمل: الف- تسويد توسط کمیسیون ذیصلاح اداره؛ ب- تصویب توسط مسؤول اداره.».

تعدیل لایحه نیز تابع فرایند وضع لایحه است. به این توضیح که مسودۀ تعدیل لایحه توسط اداره/ وزارت ذیصلاح تهیه، توسط رئیس اداره یا وزارت منظور، نشر و سپس نافذ می شود. مسودۀ لایحه ناسخ نیز مانند نسخ مقررۀ باید توسط مرجع ای که صلاحیت تسويد لایحه را دارد، تسويد، توسط رئیس یا وزیر منظور، پس، از منظوری رئیس یا وزیر، مسودۀ لایحه ناسخ باید نشر و سپس نافذ شود. لایحه گذاری به گونه ای که تفصیل آن گذشت در هر دو دور حکومت طالبان معمول بوده است.

فصل هشتم: طرز العمل

نوع هشتم قانون در مفهوم عام در نظام حقوقی افغانستان طرز العمل است. در این فصل تعریف طرز العمل (مبحث اول) و فرایند وضع طرز العمل (مبحث دوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول) تعریف

طرز العمل^{۲۳۳} عبارت از قواعد حقوقی است که برای تنظیم وظایف ادارات دولتی توسط خود اداره وضع و تصویب می شود و نیازی به تصویب کابینه ندارد. طرز العمل ها در نظم حقوقی افغانستان توسط ادارات حکومتی تسوید و توسط وزیر یا رئیس اداره تصویب می شود و ضرورت به تصویب کابینه ندارد. طرز العمل ها در نظام حقوقی افغانستان مکمل لوایح هستند و احکام موضوعاتی را تنظیم می نمایند که خیلی جزئی اند و مقررات و لوایح به تنظیم آنها نپرداخته است، مانند: طرز العمل توزیع دیپلوم به فارغان مؤسسات تحصیلات عالی افغانستان و فارغ خارج مرز، طرز العمل آموزش نیمه حضوری و غیر حضوری و ارزیابی اسناد آن، طرز العمل اصلاح نام محصلان و فارغان مؤسسات تحصیلات عالی، طرز العمل ارزیابی معیار های علمی، اداری و زیربنایی دانشگاه ها و مؤسسات تحصیلات عالی دولتی و امثال اینها.

ماده ۳ جزء ۱۴ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی ۱۳۹۵ در تعریف طرز العمل می گوید: «طرز العمل: مجموعه قواعد حقوقی است که به منظور سهولت در اجراءات، چگونگی فعالیت یک نهاد دولتی را در موضوعات معین تنظیم و در مطابقت با قانون توسط خود آن نهاد وضع و تصویب می گردد.»

مبحث دوم) فرایند وضع و تعدیل

طرز العمل ها در نظام حقوقی افغانستان توسط وزارت، اداره یا کمیسیونی که به آن ضرورت دارد تسوید می شود. طرز العمل ها نیز غرض تدقیق به انستیتوت امور قانونگذاری وزارت عدلیه فرستاده نمی شود. این اسناد توسط حکم وزیر و یا رئیس اداره منظور می شوند. طرز العمل نیز معمولاً توسط خود

وزارت، اداره و یا کمیسیون نشر می شود. این اسناد معمولاً در صفحات اینترنتی وزارت ها و ادارات نشر می شوند. طرزالعمل ها بعد از نشر نافذ می باشند.

برای تنظیم فرایند وضع لایحه و طرزالعمل قبل از سال ۱۳۹۵ قواعد حقوقی وجود نداشت. اما، این فرایند در سال ۱۳۹۵ در قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی تنظیم گردید. ماده ۷ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی در این خصوص حکم می نماید: «طی مراحل لایحه و طرزالعمل: «طی مراحل لایحه و طرزالعمل: الف- تسوید توسط کمیسیون ذیصلاح اداره؛ ب- تصویب توسط مسؤول اداره.»

تعدیل طرزالعمل نیز تابع فرایند وضع طرزالعمل است؛ به این توضیح که: مسوده تعدیل شده طرزالعمل توسط اداره یا وزارت ذیصلاح تهیه، توسط رئیس اداره یا وزارت منظور، پس از نشر نافذ می شود. مسوده طرزالعمل ناسخ نیز مانند لایحه باید توسط مرجع ای که صلاحیت تسوید طرزالعمل را دارد، تسوید شود. مسوده، سپس باید توسط رئیس یا وزیر منظور شود. پس، از منظوری رئیس یا وزیر، طرزالعمل باید نشر و سپس نافذ شود. طرزالعمل گذاری به گونه ای که تفصیل آن گذشت در هر دو دور حکومت طالبان معمول بوده است.

فصل نهم: بودجه

بودجه نوع هشتم قانون در مفهوم عام در نظام حقوقی افغانستان است. همچنین، بودجه یکی از ارکان بسیار مهم هر اداره است. هیچ اداره بدون بودجه نمی تواند ایجاد شود و اگر ایجاد شود نمی تواند دوام نماید. زیرا، اداره مکلف به تهیه وسایل، پرداخت معاش به کارمندان و نظیر اینها است. تهیه وسایل ضروری اداره مانند موتر، مقرر، قرطاسیه، وسایل تسخین و نظیر اینها و پرداخت معاش کارمندان مستلزم بودجه است.

بودجه به طور سنتی در حقوق مالیه مورد مطالعه قرار می گیرد. اما، به نظر می رسد بودجه یکی از ارکان مهم هر اداره عامه است و می توان آن را در حقوق اداری مورد بحث قرار داد. همچنین، بودجه در دوره جمهوری به طور استثنایی قانون تلقی می شد و بنابراین یکی از مباحث قانونگذاری نیز است. در این فصل تعریف بودجه (مبحث اول)، ترتیب بودجه توسط حکومت (مبحث دوم)، تصویب بودجه توسط شورای ملی (مبحث سوم) و نظارت بر بودجه توسط شورای ملی (مبحث چهارم) را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول) تعریف و انواع بودجه

بودجه عبارت از درآمد ها و مصارف دولت است برای یک سال که در سند بودجه توسط حکومت ترتیب و به تصویب شورای ملی می رسد. بودجه نیز به طور استثنایی قانون است زیرا به تصویب هر دو جرگه می رسد و توسط رئیس جمهور توشیح می شد و بعد از توشیح رئیس جمهور در مدت یک سال تطبیق می شد. در حال حاضر که شورای ملی وجود ندارد بودجه توسط کابینه تصویب و توسط رهبر امارت اسلامی توشیح می شود.

دلیل استثنایی برای قانون شمردن بودجه این است که قانون بودجه با یک بار اجرا شدن از بین می رود. همچنین، قانون بودجه فاقد وصف دوام قانون است. با توجه به آنچه گفته شد، ماده 3 جزء 4 قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی سال 1396 در تعریف بودجه می گوید: «بودجه ملی: سند تقنینی سالانه جمهوری اسلامی افغانستان است که طبق فقره (4) ماده 75 و ماده 95 قانون اساسی از طرف حکومت ترتیب و براساس مواد 90، 97، 98 و 99 قانون اساسی طی مراحل گردیده باشد.»

بودجه دو نوع است: بودجه عادی که شامل مصارف معاش کارمندان، مصارف اداری، خدمات و نظیر اینهای ادارات می شود. بودجه توسعه ای که شامل مصارف مربوط به پروژه ها، برنامه ها مانند احداث شاهراه، مکتب، پارک، مسجد، کنفرانس ها و نظیر اینها می شود.

مبحث دوم) ترتیب بودجه

ترتیب بودجه در نظام حقوقی افغانستان از وظایف حکومت بود (ماده 75 بند 4 ق. 1) و است. این وظایف عملاً توسط وزارت مالیه انجام می شود. البته، در بودجه ای که توسط وزارت مالیه ترتیب می شود، بودجه ای قوه مقننه و قضائیه نیز شامل می شد. در مورد بودجه قوه قضائیه ماده 125 ق. 1 حکم می نمود: «بودجه قوه قضائیه به مشوره حکومت از طرف ستره محکمه ترتیب گردیده، به حیث جزء بودجه دولت، توسط حکومت به شورای ملی تقدیم می شود. تطبیق بودجه قوه قضائیه از صلاحیت ستره محکمه می باشد.» بدین ترتیب، بودجه دولت به طور یک کل به شورای ملی تقدیم می شد.^{۲۳۴}

طبق رویه های عملی معمولاً اولویت های در بودجه توسط رئیس جمهور و حالا رئیس الوزرا و کابینه پیش بینی می شود. معمولاً وزارت مالیه شش ماه قبل از سال مالی، یک متحدالمال به تمام ادارات غرض تهیه بودجه عادی و انکشافی می فرستد. ریاست های مالی نهاد های دولتی بودجه عادی و انکشافی خویش را تهیه می نمایند. نهاد های دولتی بودجه عادی را به معینیت مالی وزارت مالیه و بودجه انکشافی را به معینیت پالیسی وزارت مالیه می فرستند. سپس نماینده هر اداره از بودجه در این معینیت ها دفاع می نماید.

به طور کلی بودجه در نظام حقوقی افغانستان عمل ملی است و ولایات صرف می توانند پیشنهاد بودجه را بدهند. به حیث مثال، والی ولایت ها پیشنهاد بودجه را به ریاست عمومی ارگان های محل می دهد و ریاست عمومی ارگان های محل بودجه دفتر والی های را به وزارت مالیه به صورت کل ارایه می نماید.

بودجه قوماندانی های امنیت ولایت و ولسوالی توسط وزارت داخله، بودجه محاکم استیناف و محاکم ابتدائیه توسط ستره محکمه، بودجه خارنوالی های استیناف و ابتدائیه توسط لوی خارنوالی به وزارت مالیه ارایه می شود. بودجه های انکشافی در ولایت نیز توسط وزارت ها در مرکز به وزارت مالیه پیشنهاد می شود. سپس جلسه استماعیه که متشکل از وزیر مالیه، وزیر اقتصاد، اداره امور و سایر نهاد های دولتی است دایر می شود و روی بودجه بحث صورت می گیرد. سپس ریاست عمومی بودجه مسوده بودجه را ترتیب می نماید. مسوده بودجه به کابینه ارایه و تأیید می شود.

مبحث سوم) تصویب بودجه

۲۳۴. (حوت ۱۳۸۲). قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح، جلد (۱)، کابل: دارالانشای قانون اساسی، ص ۳۵۶.

تصویب بودجه از جمله صلاحیت های شورای ملی بود (ماده ۹۰ بند ۳ ق. ۱). تصویب بودجه برخلاف طرح قانون در حالت عادی، تابع شرایط خاص بود. در مورد شرایط و چگونگی تصویب بودجه، ماده ۹۸ ق. ۱ که نسخه برداری ماده ۷۵ قانون اساسی ۱۳۴۳ است تصریح می نمود: «بودجه دولت و پروگرام انکشافی حکومت از طریق مشرانو جرگه توأم با نظریه مشورتی آن به ولسی جرگه تقدیم می شود. تصمیم ولسی جرگه بدون ارایه به مشرانو جرگه بعد از توشیح رئیس جمهور نافذ شمرده می شود. هرگاه نظر به عواملی تصویب بودجه قبل از آغاز سال مالی صورت نگیرد، تا تصویب بودجه جدید، بودجه سال گذشته تطبیق می گردد. حکومت در خلال ربع چهارم سال مالی، بودجه سال آینده را با حساب اجمالی بودجه سال جاری به شورای ملی تقدیم می نماید. حساب قطعی بودجه سال مالی قبل، در خلال مدت شش ماه سال آینده، مطابق به احکام قانون، به شورای ملی تقدیم می گردد. ولسی جرگه نمی تواند 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 می گردد.» از نص این ماده هفت حکم در مورد تصویب بودجه قابل استنباط بود:

۱) از جمع مواد ۹۷ و ۹۸ ق. ۱ این نتیجه به دست می آمد که: برخلاف روند عادی پیشنهاد طرح قانون از طرف حکومت، پیشنهاد «طرح بودجه و پروگرام های انکشافی حکومت» ابتداء به مشرانو جرگه تقدیم می شد. این حکم در ماده ۶۲ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی هم پیش بینی شده است که به دلیل تکرار محل ایراد به نظر می رسد. هدف از ارجاع بودجه در ابتداء به مشرانو جرگه ظاهراً این بود که ولسی جرگه بتواند با بهره گیری از مشاوره مشرانو جرگه بودجه را تصویب کند، اما در این که در رابطه به تصویب بودجه، مشرانو جرگه در موضع ضعیف قرار گرفته و تصمیم نهایی با ولسی جرگه است تردیدی وجود نداشت.

علاوه بر طرح بودجه، در ماده ۹۸ قانون اساسی ۱۳۸۲ «پروگرام انکشافی حکومت» نیز پیش بینی شده بود. پروگرام انکشافی حکومت در ماده ۹۰ بند ۲ قانون اساسی ۱۳۸۲ نیز پیش بینی شده بود. این ماده حکم می نمود: «شورای ملی دارای صلاحیتهای ذیل می باشد: [...] ۲- تصویب پروگرامهای انکشافی اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و تکنالوژیکی.» همچنین، اتخاذ تصمیم در مورد پروگرام های انکشافی، بودجه دولتی، از صلاحیت های اختصاصی ولسی جرگه دانسته می شد (ماده ۹۱ بند ۲ قانون اساسی ۱۳۸۲) که تصویب آن از صلاحیت های شورای ملی بود.

روشن نبود که «پروگرام انکشافی، اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و تکنالوژیکی» چیست، زیرا مصداق رسمی برای آن وجود نداشت، زیرا از بدو تأسیس شورای ملی تا زمان انحلال آن توسط امارت اسلامی چنین پروگرام های توسط حکومت غرض تصویب به شورای ملی تقدیم نشده بود.

به نظر می رسد احکام ماده ۹۰ بند ۲ و ماده ۹۱ بند ۲ نسخه برداری ماده ۸۱ قانون اساسی ۱۳۶۶ با اندکی تغییر بود که مقرر می داشت: «شورای ملی علاوه بر سایر صلاحیت مندرج این قانون اساسی دارای صلاحیت های ذیل است: [...] ۴- تصویب پلان های انکشاف اقتصادی و اجتماعی و تأیید گزارش حکومت در مورد اجرای آن.».

به هر حال، مشرانو جرگه توأم با نظریه مشورتی خویش بودجه را به ولسی جرگه تقدیم می نمود. مدت زمانی که در آن مشرانو جرگه باید بودجه را با نظریه مشورتی خویش به ولسی جرگه ارایه می نمود، در ق. ا پیش بینی نشده بود. اما، این مدت طبق رویه عملی ۱۵ روز بود.

۲) براساس بند ۲ ماده ۹۱ قانون اساسی اتخاذ تصمیم راجع به پروگرام های انکشافی و بودجه دولتی از صلاحیت های اختصاصی ولسی جرگه شناخته شده می شد که این ظاهراً با بند های ۱ و ۳ ماده ۹۰ که تصویب آنها را در صلاحیت شورای ملی (هر دو مجلس) می دانست متعارض بود، اما از جمع بین این دو مواد این نتیجه به دست می یاید که ماده ۹۱ و سایر مواد قانون اساسی ماده ۹۰ را تخصیص زده اند.

در مقام تحلیل ماده فوق الذکر می توان گفت که تصویب پروگرام ها و بودجه دولتی در صلاحیت ولسی جرگه بود، اما تصویب و اجازه اخذ و اعطای قرضه (که در ماده ۹۱ به آن اشاره نشده است) در صلاحیت شورای ملی بود.

۳) براساس ماده ۸۴ اصول وظایف داخلی ولسی جرگه: «بودجه دولت از مشرانو جرگه به ریاست عمومی اداره امور ولسی جرگه توأم با مصوبه مجلس مشرانو جرگه تسلیم داده شده و بعد از ملاحظه شد رئیس ولسی جرگه جهت تحلیل و ارزیابی فنی و تخصصی به کمیسیون امور مالی و بودجه احاله می گردد. یک نسخه بودجه از جانب کمیسیون مالی و بودجه به تمام کمیسیون ها ارسال شده، هر کمیسیون بر وفق احکام این اصول مفردات بودجه را تحلیل و تجزیه نموده نتیجه را توسط گزارشگر مربوط خویش غرض توحید به کمیسیون مالی و بودجه ارایه می نماید.».

سپس، براساس ماده ۸۶ اصول وظایف داخلی ولسی جرگه: «کمیسیون مالی و بودجه، محاسبات عمومی و امور بانک ها گزارش تحلیلی خویش را در مورد بودجه دولت بعد از توحید با کمیسیون های دیگر و گروه های پارلمانی، غرض بحث و رأی گیری به جلسه عمومی ارایه می نماید.» ولسی جرگه مکلف بود بودجه را در مدت یک ماه تصویب و یا رد نماید. آنچه در تصویب بودجه توسط ولسی جرگه جالب بود عدم تجزیه پذیری بودجه بود. بنابراین، ولسی جرگه نمی توانست قسمتی از بودجه را تصویب و قسمت دیگر را رد نماید.

در چنین حالتی، قسمت قبول شده نیز رد شده تلقی می گردید و به این ترتیب بودجه رد شده پنداشته می شود. این حکم با عبارت مبهم و نازیبا در ماده ۹۷ قانون اساسی ۱۳۸۲ چنین پیش بینی شد بود: «پیشنهاد طرح قانون از طرف حکومت نخست به ولسی جرگه تقدیم می گردد. 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 تاخیر اندازد. [...]».

چنانچه ملاحظه می‌شود، در این ماده پیشنهاد طرح قانون، بودجه و امور مالی مغالطه شده است و محل ایراد است. ایراد این است که طبق نص این ماده ولسی جرگه مکلف بود طرح هر قانونی را به صورت یک کل در مدت یک ماه تصویب یا رد نماید. در حالی که، ولسی جرگه می‌توانست قسمت های از یک طرح قانون را رد و بقیه قسمت ها را مورد تصویب قرار دهد.

البته، در تصویب و رد طرح قانون ظرف زمانی نیز تعیین شده بود که یک ماه بود. این ظرف زمانی نیز ناظر بر بودجه بود نه تمام طرح های قانون. همچنین، از ماده ۹۸ فهمیده می‌شود که بودجه و پروگرام انکشافی ابتداء به مشرانو جرگه ارجاع می‌گردید، اما در خصوص قرضه در ماده ۹۸ اشاره وجود نداشت. مدت یک ماه در ماده ۶۷ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی نیز پیش بینی شده است که به دلیل تکرار یک حکم در چندین سند تقنینی محل ایراد به نظر می‌رسد.

۴) در صورت عدم تصویب، بودجه رد می‌شود. در صورت رد بودجه از طرف ولسی جرگه، بودجه رد شده، طبق رویه عملی دوباره به مشرانو جرگه فرستاده نمی‌شود، بلکه مستقیماً به وزارت مالیه فرستاده می‌شود. در چنین حالات، معمولاً حکومت با ولسی جرگه تفاهم می‌نمود و نظریات نمایندگان ولسی جرگه را در ترتیب مجدد بودجه لحاظ می‌نمود.

به حیث مثال، بودجه سال ۱۴۰۰ به دلیل ۱۹ مشکل تخنیکی از جمله غیرمتوازن بودن بودجه ملی، ناعادلانه بودن بودجه ملی، تخصیص ۱۶/۹ میلیارد افغانی در کود های احتیاط، تخصیص ۶/۳ میلیارد افغانی در کود ۹۱ و ۹۲، تخصیص ملیون ها افغانی در کود ۲۵ برای خرید موتر های زرهی، ۳۷ ملیون افغانی پول از قرضه از صندوق جهانی پول، وارد کردن دسترخوان ملی در ضمائم، حذف پروژه های عضو های مجلس، عدم همسان سازی معاشات کارکنان خدمات ملکی رد شد.

۵) در صورت تصویب، چه در مرحله اول و چه بعد از رد، بودجه بدون این که به مشرانو جرگه فرستاده می‌شود، توسط رئیس جمهور توشیح و نافذ می‌شود. در این خصوص حکمی در قوانین قبل از سال ۱۳۹۶ وجود نداشت. اما، ماده ۶۵ فقره ۴ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی سال ۱۳۹۶ در این خصوص حکم می‌نماید: «رئیس جمهور مکلف است بودجه ملی را بعد از تصویب ولسی جرگه توشیح و نافذ نماید.».

۶) براساس ماده ۹۸ ق.ا: «[...] هرگاه نظر به عواملی تصویب بودجه قبل از آغاز سال مالی صورت نگیرد، تا تصویب بودجه جدید، بودجه سال گذشته تطبیق می‌گردد.» نص این ماده محل ایراد است زیرا، طبق نص این ماده، هرگاه بنابر عوامل مختلف، به حیث مثال، غیرمتوازن بودن بودجه، تخصیص مصارف بیش از حد برای ریاست جمهوری و امثال اینها تصویب بودجه قبل از سال مالی صورت نمی‌

گرفت، تا تصویب بودجه جدید، بودجه سال گذشته تطبیق می‌گردید. در حالی که، مصارف و عایدات دولت برای یک سال در بودجه پیش بینی می‌شد و در صورتی که سال مالی سپری شود و بودجه سال جدید بنا بر عوامل مختلف تصویب نمی‌شد، بودجه سال گذشته ختم می‌شد.

طبق رویه عملی، مصارفی را که دولت انجام می‌دهد، ضمن تصویب بودجه، جزء بودجه قرار داده می‌شود. این حکم در ماده ۶۶ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی علی‌الرغم اشکال آن هرچند این قانون در سال ۱۳۹۶ نافذ گردیده است پیش بینی شده است که محل ایراد به نظر می‌رسد.

۷) مطابق ماده ۹۰ بند ۳ قانون اساسی ۱۳۸۲ اجازه اخذ قرضه توسط دولت جمهوری اسلامی افغانستان و اعطای قرضه باید به تصویب شورای ملی می‌رسید. بنابراین، شورای ملی صلاحیت تصویب یا رد اخذ و اعطای قرضه توسط دولت جمهوری اسلامی افغانستان را داشت. فرایند تصویب اخذ و اعطای قرضه توسط شورای ملی در قانون اساسی ۱۳۸۲ به درستی تنظیم نشده بود. ماده ۹۸ تصریح می‌نمود: «[...] ولسی جرگه نمی‌تواند [...] اجازه اخذ و با 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 [...]».

در نص این ماده تصریح نشده است که پیشنهاد اخذ و اعطای قرضه از طریق مشرانو جرگه به ولسی جرگه ارجاع می‌شد، اما این امر را شاید بتوان از ذیل ماده ۹۸ قانون اساسی استنباط کرد. به هر حال، ولسی جرگه مکلف بود در ظرف پانزده روز در مورد اخذ و اعطای قرضه تصمیم اتخاذ نماید. در صورت عدم اتخاذ تصمیم، پیشنهاد حکومت تصویب شده محسوب می‌شد. این تدبیر به منظور سرعت بخشیدن به روند تصویب اخذ و اعطای قرضه توسط قانونگذار اساسی پیش بینی شده بود.

مصوبه شورای ملی در مورد اخذ یا اعطای قرضه توسط حکومت مانند قانون بودجه، دارای صفت کلی و عمومی بودن قانون نبود زیرا اولاً این امر مستقل از بودجه بود و ثانیاً طبق رویه عملی این مصوبه به توشیح رئیس جمهور نمی‌رسید. در نتیجه، تصویب اخذ و اعطای قرضه توسط دولت مشمول تعریف قانون در ماده ۹۴ قانون اساسی ۱۳۸۲ نمی‌شد.

چون حکومت طرح بودجه سال آینده را در ربع چهارم سال جاری مالی غرض تصویب به شورای ملی تقدیم می‌نمود، امکان داشت رخصتی زمستانی نمایندگان و سناتوران شورای ملی مصادف با روز های تصویب بودجه باشد، لذا ماده ۹۹ قانون اساسی ۱۳۸۲ نمایندگان و سناتوران شورای ملی را مکلف نموده بود اول بودجه را تصویب و سپس به رخصتی زمستانی بروند. این ماده حکم می‌نمود: «در صورتی که در اجلاس شورای ملی، بودجه سالانه یا پروگرام انکشافی یا موضوع مربوط به امنیت عامه، تمامیت ارضی و استقلال کشور مطرح باشد، مدت اجلاس شورا قبل از تصویب آن نمی‌تواند خاتمه یابد.».

نص این ماده در مورد مسایل مربوط به امنیت عامه، تمامیت ارضی و استقلال کشور نیز قابل تطبیق بود. پس، در صورتی که این موضوعات در دستور کار شورای ملی قرار می داشت، شورای ملی نظر به اهمیت موضوع نمی توانست به رخصتی زمستانی برود، مگر اینکه در مورد موضوع نظر خویش را ابراز نماید.

مبحث چهارم) نظارت بر بودجه

نظارت بر بودجه سه در سه مرحله صورت می گرفت:

۱) **نظارت داخلی / اداری:** این نظارت در مرحله تسوید توسط رؤسای ادارات، وزارت مالیه و کابینه صورت می گیرد. همچنین، در مرحله اجرای نظارت بر بودجه توسط رؤسای ادارات، وزارت مالیه، اداره تدارکات ملی صورت می گیرد تا اطمینان حاصل شود که بودجه به صورت درست اجراء می شود. همچنین، طبق رویه عملی حساب قطعی بودجه سال مالی توسط اداره مستقل کنترل و تفتیش ترتیب می شود و گزارش آن با توصیه های این اداره به کابینه و شورای ملی ارایه می شود.

۲) **نظارت سیاسی:** نظارت سیاسی هم قبل از تصویب بودجه و هم بر اجرای بودجه توسط شورای ملی صورت می گرفت. قبل از تصویب شورای ملی مخصوصاً ولسی جرگه باید نظارت می نمود که بودجه متوازن و عادلانه باشد.

همچنین، اداره مستقل کنترل و تفتیش باید حساب قطعی را ترتیب و به شورای ملی به منظور نظارت ارایه می نمود. در صورتی که بودجه به صورت درست تطبیق نمی شد مشرانو جرگه می توانست وزیر را استجواب و ولسی جرگه وزیر را استجواب، استیضاح و رأی عدم اعتماد بدهد. بنابراین، استجواب، استیضاح و رأی عدم اعتماد بهترین ابزار برای تطبیق درست بودجه بود.

نظارت سیاسی بر بودجه به صورت صریح در قانون اساسی ۱۳۸۲ پیش بینی نشده بود. اما، این صلاحیت برای شورای ملی در قانون اساسی ۱۳۶۶ به صورت صریح پیش بینی شده بود (ماده ۸۱ بند ۵). باوجوداین، از نص ماده ۹۶ قانون اساسی ۱۳۸۲ می توان این صلاحیت را استخراج کرد. این ماده تصریح می نمود: «... [حساب قطعی بودجه سال مالی قبل، در خلال مدت شش ماه سال آینده، مطابق به احکام قانون، به شورای ملی تقدیم می گردد]...». با از بین رفتن شورای ملی توسط امارت اسلامی نظارت سیاسی بر بودجه منتفی شده است.

۳) **نظارت قضایی:** نظارت قضایی نظارتی است که توسط قضاء بر اجرای بودجه صورت می گیرد. معمولاً در صورتی که در اجرای بودجه حیف و میل، فساد اداری اختلاس و غیره وجود داشته باشد، لوی خارنوالی تحقیق و دوسیه را به محاکم عمومی یا اختصاصی مانند مرکز عدلی و قضایی محول می نماید و مجرم مطابق قوانین جزایی مجازات می شود.

بودجه گذاری در هر دو دور حکومت طالبان به گونه ای که تفصیل آن گذشت وجود داشته است. اما، با این تفکیک که بودجه را حکومت ترتیب می داده و پس از تأیید کابینه بودجه به توشیح رهبر

حکومت طالبان می رسیده است. همچنین، در این دور دوره به دلیل نبودن شورای ملی، نظارت سیاسی بر بودجه صورت نمی گرفته است. همه نظارت ها یا نظارت اداری بوده است یا نظارت قضایی.

فصل دهم: معاهدات بین المللی

نوع نهم قانون در مفهوم عام در نظام حقوقی افغانستان معاهدات بین المللی است. پرسش های اساسی این است که معاهده بین المللی چیست؟ (مبحث اول)، تشریفات انعقاد آن چگونه است و چگونه توسط شورای ملی تصویب می شود؟ (مبحث دوم) آیا معاهدات بین المللی در نظام حقوقی افغانستان مستقیماً تطبیق می شود؟ جایگاه معاهدات فراتر از قوانین عادی است و یا فروتر از آنها (مبحث سوم)؟

مبحث اول) تعریف معاهده

در پاسخ به سؤال اول باید گفت: با آنکه کلمه «معاهده» معمول ترین کلمه برای توافقات است، معاهدات بین المللی بعضی اوقات به نام پروتکل (Protocol)، سند (Act)، منشور (Charter)، میثاق (Covenant)، پیمان (Pact) و کانکورادانت (Concordant)، نیز یاد می شوند. اما، این توافقات مفهوم مشابه را دنبال می نمایند.^{۲۳۵}

در اصطلاح حقوقی تعاریف متعددی در رابطه به معاهده وجود دارد. طبق ماده ۱ بند ۲ کنوانسیون حقوق معاهدات وین: «معاهده عبارت از توافق میان دولت ها است که به صورت کتبی منعقد شده، مشمول حقوق بین المللی باشد، صرف نظر عنوان خاص آن و اعم از اینکه در سندی واحد یا در دو یا چند سند مرتبط به هم منعکس شده باشد.»

به همین ترتیب، استاد شارل روسو حقوقدان فرانسوی معاهده را چنین تعریف می نماید: «معاهده بین المللی به هر اسم خوانده شود عبارت از قراردادی است که بین تابعین حقوق بین الملل به منظور تولید بعضی آثار حقوقی منعقد می شود.»^{۲۳۶}

قانونگذاران عادی در قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی معاهده، میثاق بین المللی و پروتوکول را تعریف کرده اند. این تعاریف براساس حقوق ملی محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، معاهدات باید براساس حقوق بین الملل تعریف شوند.

۲۳۵. جولیا پفیفر (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک، مترجم: نظام الدین عبدالله، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک، ص ۵۳.
۲۳۶. رضا موسی زاده (۱۳۷۷). حقوق معاهدات بین المللی، تهران: نشر دادگستر، ص ۳۶.

مبحث دوم) تشریفات انعقاد معاهده

در پاسخ به سؤال دوم باید گفت که: تشریفات انعقاد یک معاهده بین المللی در برگیرنده مراحل ذیل است: ۲۳۷

۱- مذاکره: در حقوق معاهدات، مذاکره مرحله مقدماتی انعقاد معاهدات بین المللی است. مقام صلاحیتدار و مسؤول مذاکره هر که باشد، باید طبق قواعد حقوق بین الملل حداقل جهت انجام مذاکره «تام الاختیار» بوده و در اکثر موارد سندی به نام «اختیار نامه»^{۲۳۸} در دست داشته باشد.

اختیار نامه سندی است که از سوی مرجع صلاحیتدار یک کشور یا سازمان بین المللی صادر می شود و به موجب آن، شخص یا اشخاصی به عنوان نماینده آن کشور یا سازمان بین المللی جهت انجام مذاکره، پذیرش یا اعتبار بخشیدن به متن یک معاهده یا برای ابراز رضایت یک کشور یا سازمان بین المللی به التزام در قبال یک معاهده و یا برای انجام هر اقدام مرتبط با معاهده تعیین می شود (بند ج ماده ۲ و بند ۱ ماده ۷ عهد نامه های حقوق معاهدات).^{۲۳۹}

طبق ق. ۱ دادن اختیار نامه که در ق. ۱ اعتبار نامه نامیده شده است، از صلاحیت های رئیس جمهور بود. ماده ۶۴ ق. ۱ در این باره تصریح می نمود: «رئیس جمهور دارای صلاحیت ها و وظایف ذیل است: ۱۷- اعطای اعتبارنامه به غرض عقد معاهدات بین الدول مطابق به احکام قانون». این صلاحیت اکنون مربوط به رهبر حکومت یا رئیس الوزرا طبقه رویه های عملی است.

۲- نگارش: مذاکرات معمولاً به نگارش متن مکتوب منجر می شود و آن معاهده است. معاهده از نظر شکل شامل مقدمه، متن و ضمیمه می باشد. در گذشته زبان دیپلوماسی زبان لاتین بود که بعد ها زبان فرانسه جایگزین آن شد. از سال ۱۹۱۹ زبان فرانسه انحصاری بودن خود را از دست داد و زبان انگلیسی موقعیت خاصی به دست آورد. در حال حاضر، عقیده رجحان یک زبان بر زبان دیگر مطرود شده است. زبان مذاکره بستگی به طرفین یا اطراف معاهده دارد.^{۲۴۰}

۳- رضایت به التزام در قبال یک معاهده: یک دولت باید قبل از اینکه ملتزم به یک معاهده باشد، ابراز رضایت نماید. ابراز رضایت به معاهده توسط شخصی که چنین صلاحیتی دارد، انجام می شود. طبق ماده ۷ کنوانسیون وین در مورد معاهدات رؤسای دولت، رؤسای حکومت و وزرای خارجه طبق موقف رسمی (Ex officio) صلاحیت انجام اعمال مربوط به انعقاد معاهدات را دارند. سفراء و نماینده ها در کنفرانس ها و یا سازمان های بین المللی دارای صلاحیت کمتری هستند. صلاحیت اینها طبق ماده ۷

۲۳۷. همان، رضا موسی زاده، ص ۵۲.

238. Full power.

۲۳۹. محمد رضا ضیایی بیگدلی (۱۳۹۰). حقوق بین الملل عمومی، چاپ سی و هشتم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ص ۱۰۱.

۲۴۰ جهت مطالعه مفصل در این مورد ر. ک: رضا موسی زاده (۱۳۷۷). حقوق معاهدات بین المللی، تهران: نشر دادگستر، صص ۱۰۲-۱۰۴.

بخش دوم: منابع حقوق- قوانین: معاهدات بین الملل | ۱۶۳

کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات از قبول یک متن تجاوز نمی نماید و محدود به دولت یا کنفرانس و یا سازمانی است که به آنها اعتبار نامه داده اند. کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات ابزارهای مختلفی را به منظور ابراز رضایت جهت ملتزم بودن به یک معاهده به رسمیت می شناسد:

- امضاء^{۲۴۱} (ماده ۱۲ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات): امضاء یک عمل سیاسی رسمی است که موجب ختم فرایند معاهده سازی می شود. امضاء صرف معمولاً برای ایجاد رضایت به التزام، کافی نیست.

در اکثر حالات، معاهده باید توسط پارلمان تصدیق شود. در چنین حالتی، امضا به معنی تأیید متن معاهده است که بعداً به پارلمان جهت قبول و یا رد ارجاع خواهد شد. در مدت زمان بین امضا توسط رئیس دولت و یا نماینده او و پذیرش و یا رد توسط تصمیم گیران ملی، دولت، هر چند از نظر قانونی ملتزم به این معاهده نیست، باید از هر گونه عمل «که می تواند موضوع و هدف معاهده را شکست دهد» (ماده ۱۸ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات) امتناع ورزد.

اگر دولت قصد نداشته باشد تا عضو معاهده شود، باید این را به وضوح بیان کند. به عنوان مثال، این مسأله زمانی صادق بود که ایالات متحده به وضوح در نامه ای به سرمنشی سازمان ملل متحد نوشت که آنها اساسنامه روم را تصویب نخواهند کرد بعد از اینکه آن را امضاء کرده اند.

- مبادله اسناد تشکیل دهنده یک معاهده^{۲۴۲} (ماده ۱۳ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات): برای این که مبادله اسناد رضایت در قبال یک معاهده تلقی گردد، باید به صورت صریح در سند مربوط تذکر یابد که برای ابراز رضایت مبادله کافی است.

- تصویب،^{۲۴۳} قبول^{۲۴۴} و یا تأیید^{۲۴۵} (ماده ۱۴ کنوانسیون وین در مورد معاهدات): تصویب معروف ترین راه ابراز اراده مبنی بر ملتزم بودن به یک معاهده است. علت این روش عبارت از کنترل اجرای امضای نماینده و تجاوز از حدود صلاحیت او است.

برعلاوه، این امر زمان بیشتری را جهت تأمل در باره نتیجه مذاکره و نیز فرصت کسب افکار عامه در مملکت مربوط در رابطه به معاهده را فراهم می نماید. اگر عموم مردم قویاً با معاهده، مخالفت نمایند، یک دولت احتمالاً این معاهده را تصدیق نخواهد کرد.

- تصدیق: تصدیق عبارت است از تأیید و اعلان التزام قطعی از سوی مجالس قانونگذاری یک کشور نسبت به اجرای قواعد یک معاهده. این اعلان التزام نهایی است و موجب می شود که آن معاهده بین

241 . Signature.

242 . Exchange of instruments.

243 . Ratification.

244 . Acceptance.

245 . Approval.

المللی به مثابه قانون داخلی به اجرا گذارده شود.^{۲۴۶} فرق تصدیق با تصویب، قبول و یا تأیید این است که تصویب، قبول و یا تأیید توسط رئیس دولت صورت می گیرد،^{۲۴۷}

اما ق. ۱. اصلاحیت تصدیق معاهدات بین المللی و فسخ الحاق آن را به شورای ملی اعطا نموده بود. ماده ۹۰ ق. ۱ در این مورد حکم می نمود: «شورای ملی دارای صلاحیت های ذیل است: ۵- تصدیق معاهدات و میثاق های بین المللی یا فسخ الحاق افغانستان به آن.»

- الحاق^{۲۴۸} (ماده ۱۵ کنوانسیون وین در مورد معاهدات): یک دولت عضو یک معاهده از طریق الحاق عضو معاهده می شود، زمانی که امضاء ناممکن باشد. به عنوان مثال، زمانی که مهلت امضاء منقضی شده باشد. اختیار الحاق باید یا صریحاً در خود معاهده اعلام شود و یا توسط توافق (متعاقب) سایر اعضای معاهده انجام گردد.

چنانچه تذکر یافت، طبق ماده ۱۸ کنوانسیون وین در مورد معاهدات، یک دولت مکلف است تا مرتکب عملی که موجب شکست موضوع و منظور معاهده که تصویب و یا انفاذ آن را معلق بگذارد، نشود. بنابراین، تعهد حقوقی از این حکم ناشی می شود که نقض آن منجر به مسؤولیت بین المللی می شود. تاکنون حدود این تکلیف حقوقی غیرواضح است و در ماده ۱۸ کنوانسیون وین در مورد معاهدات معین نشده است.^{۲۴۹}

مبحث سوم) تطبیق معاهدات در نظام حقوقی افغانستان و جایگاه آن

در پاسخ به سؤال سوم باید گفت: در مورد این که معاهدات مستقیماً در نظام حقوقی افغانستان قابل تطبیق است یا خیر دو نظریه وجود دارد:

(۱) نظریه دوگانگی حقوقی: نظریه دوگانگی^{۲۵۰} حقوق توسط دانشمندان مکتب اثباتی ارایه شد که به دنبال ارایه نظریه برتری دولت بودند. نظریه دوگانگی حقوقی مبتنی بر این نظریه است که حقوق ملی و حقوق بین الملل دو نظام متفاوت هستند. بنابراین، این دو به صورت جداگانه بدون اینکه یکی بر دیگری برتری داشته باشد، وجود دارند.

در نتیجه، دولت هایی که از نظریه دوگانگی حقوقی پیروی می نمایند، باید قواعد حقوق بین الملل را در قوانین ملی انتقال دهند قبل از اینکه این قواعد در داخل تطبیق شود.

۲۴۶. جهت مطالعه مفصل در مورد تصویب ر. ک: رضا موسی زاده (۱۳۷۷). حقوق معاهدات بین المللی، تهران: نشر دادگستر، صص ۷۳ - ۷۸.

247. Tim Hillar (1998). Sourcebook On Public International Law, first edi, London: Cavendish publishing, p132.

248. Adhesion.

۲۴۹. جولیا پفیفر (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک، مترجم: نظام الدین عبدالله، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک، ص ۵۳.

250. Dualistic doctrine.

بخش دوم: منابع حقوق- قوانین: معاهدات بین الملل | ۱۶۵

۲) نظریه یگانگی حقوقی: برخلاف نظریه دوگانگی حقوقی، نظریه یگانگی حقوقی^{۲۵۱} حقوق داخلی و حقوق بین الملل را من حیث یک واحد با برتری حقوق بین الملل بر حقوق ملی، تلقی می نماید. چون هر دو نظام من حیث یک نظام تلقی شوند، حقوق بین الملل می تواند مستقیماً توسط محاکم داخلی تطبیق شود.

این نظریه فی نفسه منسجم نیست و شامل دو نظریه متفاوت است که توسط هانس کلسن^{۲۵۲} و ارسچ لوترپاخت^{۲۵۳} ارایه شده اند: نظریه کلسن مبتنی بر نظر امانول کانت^{۲۵۴} فیلسوف قرن هجدهم آلمانی است. این نظریه قانون را من حیث ایجاد کننده نظم که، از یکطرف، شامل رفتار عادی که باید پیروی شوند و، از طرف دیگر، مؤیدات نقض این رفتار، می شود، تلقی می نماید. چون این نظریه هم در حقوق ملی و هم در حقوق بین الملل معروف است، هر دوی این نظام ها منطقاً واحد هستند.

اما این حقوق بین الملل است که تصریح می نماید که تمام دولت ها برابر هستند و بنابراین باید نسبت به همدیگر رفتار مشابه داشته باشند. حقوق ملی نمی تواند چنین قاعده را تحمیل نماید و بنابراین نمی تواند میان دولت ها برابری ایجاد نماید. حقوق بین الملل در نتیجه برتر نسبت به حقوق ملی است.

لوترپاخت از طرف دیگر، به صورت مشخص بر رفاه انسان ها و احترام حقوق بشر تمرکز می نماید. او حقوق بین الملل را تنها نظامی که می تواند این اهداف را تأمین نماید می داند و بنابراین حقوق بین الملل را، برتر تلقی می نماید. برخی قوانین اساسی دولت ها، با پیروی از نظریه دوگانگی حقوقی پیش بینی می نماید که: یک معاهده بین المللی در حقوق ملی باید وارد شود، در حالی که، برخی دیگر تطبیق مستقیم معاهدات بین المللی را در حقوق ملی اجازه می دهند (نظریه یگانگی حقوقی).

باوجوداین، فرق نمی کند که از کدام یک از نظریه ها قانون اساسی یک دولت پیروی می نماید. وضعیت حقوقی معاهدات بین المللی که توسط یک دولت تصویب شده است، می تواند متفاوت باشد. در بیشتر ممالک، با عدم توجه به تطبیق مستقیم و یا ادغام قبلی معاهده در حقوق ملی، معاهدات بین المللی در سطح مشابه قوانین وضعی قرار می گیرد. در چنین حالات، اصل «برتری قانون لاحق بر قانون قدیم» مرعی است.

بنابراین، معاهده اخیر بر قوانین قبلی داخلی برتری دارد. از طرف دیگر، ممکن است قانون لاحق بر معاهده بین المللی که قبلاً منعقد شده است، برتری داشته باشد. تعداد اندکی از کشورها معاهدات بین المللی را برتر نسبت به قوانین داخلی (به شمول قانون اساسی خویش) تلقی می نمایند. برخی ممالک دیگر معاهدات بین المللی را برتر و یا مساوی با قانون اساسی، حداقل در حالات استثنایی که معاهدات

251 . Monistic doctrine.

252 . Hans Kelsen.

253 . Hersch Lauterpacht.

254 . Immanuel Kant.

بین المللی تأثیر مستقیم بر قانون اساسی آنها دارد می دانند (به حیث مثال، زمانی که معاهده ایجاب تعدیل قانون اساسی را نماید). در برخی ممالک دیگر، صرف برخی معاهدات معین مهم موقف خاصی را در نظم حقوقی این ممالک احراز می نماید که نسبت به برخی احکام قانون اساسی برتری دارد. تعداد اندکی ممالک معاهدات بین المللی را برتر از قوانین عادی نه قانون اساسی خویش تلقی می نمایند. باوجوداین، تبعیت قوانین ملی از معاهده بین المللی باید توسط قانونگذار ملی تصویب شده باشد و معاهده باید نافذ باشد.

در برخی ممالک دیگر، معاهدات بین المللی خاص نسبت به قوانین ملی برتر تلقی می شوند. در نهایت، در برخی ممالک معاهدات بین المللی، فروتر از قوانین داخلی تلقی می شوند. باوجوداین، این وضعیت نسبتاً استثنایی معمولاً ارتباط می گیرد به معاهدات کم اهمیت تر. اینها معمولاً معاهدات بین المللی هستند که توسط حکومت (صرف براساس اجازه پارلمان) منعقد می شوند. در چنین حالات، معاهده بین المللی قوت اعمال اداری (فرامین غیرتقنینی، تصامیم وزارت خانه ها و ...) را کسب می نماید که از طریق آن در نظام حقوق داخلی قابل تطبیق می گردد. برخی کشورها مستقیماً معاهدات را بعد از امضاء تطبیق می نمایند و معاهدات مستقیماً جزء قوانین آنها قرار می گیرد. اما، در برخی کشور های دیگر معاهدات به تصویب پارلمان آنها می رسد و سپس مانند قوانین در جریده رسمی نشر و سپس نافذ می شود.

افغانستان جزء کشور های دوم است. بنابراین، در افغانستان معاهدات بعد از انعقاد یا الحاق مانند قوانین به تصویب شورای ملی می رسید (ماده ۹۰ ق. ا)؛ سپس رئیس جمهور این مصوبه را توشیح و پس از توشیح رئیس جمهور معاهدات در جریده رسمی نشر و نافذ می گردید، زیرا قانون از نظر شکلی مصوبه مجلسین بود که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد و معاهدات مصوب شورای ملی نیز مشمول این تعریف بود. در نتیجه، معاهدات توسط مجلسین شورای ملی تصویب، توسط رئیس جمهور توشیح و در جریده رسمی نشر و نافذ می شود.^{۲۵۵} برخی معاهدات که به این گونه به قانون تبدیل شده اند، عبارت اند از:

- (۱) موافقت نامه استرداد مجرمین میان جمهوری اسلامی افغانستان و دولت امارات متحده عربی منتشره جریده رسمی شماره ۱۰۲۳ مؤرخ ۱۳۸۹/۲/۳۰ هجری شمسی؛
- (۲) موافقت نامه همکاری های دراز مدت استراتژیک میان دولت جمهوری اسلامی افغانستان و ایالات متحده امریکا منتشره جریده رسمی شماره ۱۰۸۰ مؤرخ ۱۳۹۱/۴/۶ هجری شمسی؛

۲۵۵. در این مورد رک: جولیا پیفر (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک، مترجم: نظام الدین عبدالله، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک، صص ۱۷-۱۹.

بخش دوم: منابع حقوق- قوانین: معاهدات بین الملل | ۱۶۷

۳) موافقتنامه‌های تبادل، تحویل دهی و انتقال مجوسین فی ما بین دولت جمهوری اسلامی افغانستان و کشور های فدراسیون روسیه، جمهوری اسلامی ایران و جمهوری تاجکستان منتشره جریده رسمی شماره ۹۳۱ مؤرخ ۱۳۸۶/۸/۲۶ هجری شمسی.

۴) میثاق مبارزه علیه فساد اداری، منتشره جریده رسمی شماره ۹۳۶ مؤرخ ۲۵ جدی سال ۱۳۸۶ هجری شمسی.

در پاسخ به سؤال چهارم قبل از سال ۱۳۹۵ حکمی در قوانین افغانستان وجود نداشت. اما، ماده ۸ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی می گوید: «(۱) اسناد تقنینی مندرج در این قانون از حیث قوت به ترتیب ذیل قرار دارند: ۱- قوانین عادی؛ فرامین تقنینی؛ ۳- اسناد حقوق بین الملل که افغانستان به آن ملحق شده باشد؛ ۴- اصول و وظایف شورای ملی؛ ۵- مقرره ها و اساسنامه ها؛ ۶- طرز العمل ها و لوايح».

در خصوص قانون اساسی که در رأس سلسله مراتب قوانین قرار دارد این ماده مسکوت است که محل ایراد به نظر می رسد. زیرا قانون اساسی قانون برتر است و در رأس قوانین قرار دارد. همچنین، جایگاه فرامین تقنینی طبق نص این ماده فروتر از قوانین عادی اند که محل ایراد به نظر می رسد، زیرا چنانچه بحث آن گذشت فرامین تقنینی قبل از تصویب شورای ملی در حکم قانون (قانون حکمی) و بعد از تصویب شورای ملی و توشیح رئیس جمهور به قانون عادی تبدیل می شدند و همسطح قوانین عادی بودند.

همچنین، طبق نص این ماده اسناد حقوق بین الملل فروتر از فرامین تقنینی اند که محل ایراد به نظر می رسد زیرا، در صورتی که معاهده بین المللی به تصویب شورای ملی برسد، چنین معاهده ای به قانون عادی تبدیل می شد و هم ارزش با قانون عادی بود، زیرا طبق ماده ۹۴ ق. ۱ قوانین عادی عبارت از مصوبه مجلس شورای ملی بود که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد. پس، معاهدات بعد از تصویب همسطح قوانین عادی بودند.

باوجوداین، تجارب و مشاهدات نشان می دهد که قضات مستقیماً در اصدار حکم معاهدات را مورد استناد قرار نمی دادند. استناد آنها ماده ۱۳۰ و ۱۳۱ ق. ۱، ماده ۱ ق. م، ماده ۱ اصولنامه تجارت و ماده ۲ کُد جزا بود. در این زمینه نظریه تفسیری کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی نیز وجود دارد که ذیلاً نقل می گردد:

شماره ۹ مؤرخ ۱۳۹۱/۴/۴
نظریه تفسیری کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی در مورد تفسیر ماده (۷) قانون اساسی در خصوص معاهدات بین الدول

وزارت محترم مالیه طی مکتوب شماره ۶۵۴۷۲۱ - ۲ مؤرخ ۲۸ / ۱۲ / ۱۳۹۰ نگاشته است که: «برخی احکام مندرج قانون گمرکات منتشره جریده رسمی شماره (۸۴۷) سال ۱۳۸۴ با احکام مندرج موافقت نامه های تخنیکي - نظامی (MTA) و موافقتنامه (SOFA) در مغایرت قرار داشته ... اما فعلاً نمایندگان قوت های نظامی مستقر در افغانستان به استناد ماده (۷) قانون اساسی دولت جمهوری اسلامی افغانستان اصرار می ورزند که احکام مندرج موافقتنامه های تخنیکي - نظامی [فوق الذکر] بالاتر از احکام قانون گمرکات ج. ا. بوده و در صورت مغایرت، احکام مندرج موافقت نامه های فوق ترجیح داده می شود.

بنابراین، موضوع به آن اداره محترم ارقام شد تا ... در مورد تفسیر ماده (۷) قانون اساسی کشور این اداره را رهنمایی فرموده تا در روشنایی آن اجراءات مقتضی صورت گیرد».

کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی این موضوع را به موجب حکم جزء دوم ماده (۸) قانون کمیسیون در مجلس عادی مؤرخ ۱۰ / ۱ / ۱۳۹۱ خویش مورد بحث قرار داده [...] و بعد از بررسی همه جانبه نظریه تفسیری ذیل را به منظور صیانت از قانون اساسی ابراز می کند:

۱. معاهدات دو جانبه میان دولت افغانستان و سایر دولت ها به موجب حکم جزء پنجم ماده (۹۰) قانون اساسی وقتی حکم قانون را پیدا می کند که شورای ملی آن را تصدیق کند تا آن موقع هرگونه موافقتنامه ای قابل رد از سوی شورای ملی بوده و تعهد دولت افغانستان به دولت دیگر کامل و نهایی به شمار نمی آید.

۲. موافقت نامه های تخنیکي - نظامی فوق الذکر توسط شورای ملی تصدیق نشده است. بنابراین، به موجب حکم فوق الذکر قانون گمرکات ترجیح داده می شود. اما، جانب حکومت افغانستان در حدود حقوق بین الدول و ترتیب مقرر در متن یک موافقتنامه مؤظف است که اجراءات لازم را در خصوص کسب تصدیق و یا رد شورای ملی در مورد آن، به عمل آورد.

این نظریه در ۲ ماده ترتیب و به وزارت محترم مالیه و مجلسین شورای ملی ارایه شود.^{۲۵۶}

فصل یازدهم: عدم شناسایی قانون ارگانیک

علاوه بر قانون اساسی و قانون عادی در برخی نظام ها، به حیث مثال، نظام حقوقی فرانسه (ماده ۴۶ قانون اساسی جمهوری پنجم فرانسه مصوب ۱۹۵۸) قانون ارگانیک نیز وجود دارد. پرسش این است که قانون ارگانیک به چه قانونی می گویند؟ تفاوت قانون ارگانیک با قانون عادی چه است؟ و آیا در قانون اساسی افغانستان قانون ارگانیک شناسایی شده است؟ پاسخ این سؤالات را در مباحث جداگانه مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول) تعریف قانون ارگانیک

در پاسخ به پرسش اول باید گفت که: در باره تعریف قانون ارگانیک که در لسان فرانسوی به آن «Loi organique» و در انگلیسی «Organic law» می گویند و برخی استادان آن را در فارسی «قانون بنیادی»^{۲۵۷} و برخی نیز «قانون سازمانی»^{۲۵۸} ترجمه کرده اند، میان حقوقدانان اساسی اختلاف نظر وجود دارد: آقای داکتر محمد حسین زارعی در این مورد می نویسد: قانون ارگانیک را می توان در نظام حقوقی فرانسه دو گونه تعریف کرد:

- ۱) **تعریف ماهوی:** قوانین مربوط به سازمان و عملکرد قوای عمومی که ارتباط با حقوق اساسی مردم دارند ولی به اندازه قانون اساسی از کلیت و شمول برخوردار نیست.
- ۲) **تعریف شکلی:** قوانینی که قانون اساسی به صراحت پارلمان را مکلف به تصویب آنها کرده است و تشریفات خاص را برای آنها در نظر گرفته است.^{۲۵۹} آقای داکتر زارعی برای ایضاح بیشتر مفهوم قانون ارگانیک می افزاید: ژان ژیکل قانون ارگانیک را چنین تعریف کرده است: «قانون مرتبط با سازمان و عملکرد قوای عمومی و در یک کلمه قانون مربوط به اعمال قانون اساسی.»

۲۵۷. منوچهر طباطبایی مؤتمنی (۱۳۸۰). حقوق اساسی، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۱۲۲.

۲۵۸. بیژن عباسی (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: جنگل، ص ۳۴.

۲۵۹. محمد حسین زارعی (۱۳۸۴). مطالعه تطبیقی مجالس قانونگذاری، چاپ اول، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، ص ۱۸۰.

چنانچه ملاحظه می شود ژان ژیکل به خصوصیت شکلی این قوانین توجه نکرده است از جمله تشریفات که قانون اساسی برای نحوه تصویب آن ها تعیین کرده است که در ماده ۴۶ قانون اساسی فرانسه بیان شده است و دیگر نحوه نظارت بر آن ها توسط شورای قانون اساسی که اجباری است.^{۲۶۰}

با توجه به ماده ۴۶ قانون اساسی فرانسه این تعریف غامض به نظر می رسد، زیرا ماده ۴۶ قانون اساسی فرانسه در تعریف قانون ارگانیک می گوید: «قوانینی که در این قانون اساسی «ارگانیک» توصیف شده، با روش های زیر تصویب و مورد تعدیل قرار خواهد گرفت. لایحه حکومت یا طرح اعضای پارلمان در نخستین مجلسی که به آن ارسال گردیده، فقط در پایان یک دوره پانزده روزه از تاریخ تقدیم آن، به شور و رأی گیری گذارده خواهد شد. اقدامات مندرج در ماده ۴۵ رعایت، و باوجود این، در صورت عدم توافق میان دو مجلس، مجلس ملی می تواند متن مزبور را در شور نهایی، تنها با اکثریت مطلق اعضا تصویب کند. قوانین ارگانیک مربوط به سنا باید در هر دو مجلس با شرایط یکسان به تصویب برسند.».

با توجه به ماده ۴۶ قانون اساسی فرانسه، آقای داکتر بیژن عباسی در مورد تعریف قانون ارگانیک می نویسد که: «برابر ماده ۴۶ قانون اساسی (جمهوری پنجم فرانسه) قانون ارگانیک قانونی است که توسط قانون اساسی پیش بینی، مطابق آیین خاص تصویب و الزاماً برای نظارت باید به شورای قانون اساسی ارجاع گردد.».^{۲۶۱}

جهت توضیح این تعریف، آقای داکتر بیژن عباسی برای قانون ارگانیک اوصاف و شرایط معین می نماید. لذا، داکتر بیژن عباسی در مورد اوصاف قانون ارگانیک می نویسد:

(۱) به لحاظ موضوعی این قوانین مربوط به حقوق اساسی، ساختار سیاسی کشور، انتخابات، احزاب سیاسی، مطبوعات، رسانه های گروهی، حقوق و آزادی های فردی، نظام مالکیت و امور مالی می باشند (مانند امور یاد شده در مواد ۶، ۱۳، ۲۳، ۲۵، ۳۴، ۳۷، ۴۷، ۵۷، ۶۳، ۶۴، ۶۷، ۶۸ و ۷۱ قانون اساسی فرانسه)؛

(۲) به علت عدم امکان بیان قواعد ضروری به طور جزئی و دقیق، در قانون اساسی، مقنن اساسی پیشنهاد می کند که قوانین ارگانیک بتوانند متن قانون اساسی را تکمیل کرده و توضیح دهند. قانون اساسی فرانسه در باره چندین حوزه مهم به این کار مبادرت ورزیده است. به عنوان نمونه، برای ساختار صلاحیت های شورای قانون اساسی و دیوان عالی عدالت^{۲۶۲} این کشور؛ و

۲۶۰. همان، محمد حسین زارعی، ص ۱۸۰.

۲۶۱. بیژن عباسی (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: جنگل، ص ۳۴.

۲۶۲. این دیوان به موجب بازنگری اساسی مصوب ۲۳ فروری ۲۰۰۷ با اصلاح ماده ۶۸ قانون اساسی، در خصوص مسؤولیت (جزایی و سیاسی) رئیس جمهور از بین رفت.

۳) تصویب و تغییر این قوانین مطابق قواعد خاص و متفاوت از تشریفات تصویب و تغییر قوانین عادی مثلاً مستلزم اکثریت مطلق آرای نمایندگان مجلس [مجلس ملی در مقام تصمیم گیری نهایی و سخن آخر] است.

علاوه بر این، در فرانسه هر لایحه یا طرح مربوط به قوانین ارگانیک پس از تصویب در دو مجلس نیازمند اظهار نظر خود بخود (اتوماتیک) شورای قانون اساسی برای مطابقت آن با قانون اساسی است؛ یعنی اینکه: دیگر نیازی به مراجعه مقامات سیاسی به این نهاد جهت این اعلام نظر نمی باشد، در حالی که قوانین عادی با اکثریت نسبی آرای نمایندگان تصویب می گردد و نیازی به تأیید شورای قانون اساسی ندارد مگر این که این امر از طرف مقامات سیاسی از شورای قانون اساسی تقاضا شود.

بدون شک، این تشریفات از این جهت در نظر گرفته شده است تا به بهانه تسمیم قانون اساسی نتوان اصول قانون اساسی فرانسه را از راه تصویب قوانین ارگانیک زیر سؤال برد. همچنین، آقای داکتر عباسی در این مورد می افزاید: ماده ۴۶ قانون اساسی فرانسه شرایط دیگری را نیز برای این دسته از قوانین در نظر گرفته است که عبارت اند از:

۱- از تأریخ تسلیم لایحه و یا طرح قانون ارگانیک تا شور و مذاکره در مجلس، دست کم باید ۱۵ روز بگذرد؛

۲- در صورت عدم موافقت سنا، مجلس ملی می تواند در آخرین شور، اما با اکثریت مطلق تصمیم گیری نماید؛ و

۳- هر قانون سازمانی مربوط به سنا نیاز به تأیید مجلس سنا دارد.^{۲۶۳} در واقع، قوانین ارگانیک مربوط به سنا باید در هر دو مجلس ملی و سنا به صورت یکسان تصویب شود و بدون توافق مجلسین نهایی نمی گردد. به عبارت دیگر: مجلس ملی نمی تواند در مقام تصمیم گیری نهایی قرار گیرد و بدون موافقت سنا قوانین ارگانیک مربوط به سنا را تصویب کند. در هر حال، موافقت سنا ضروری است.

از آنچه گفته شد چنین نتیجه گرفته می شود که: قانون ارگانیک قانونی است که صفت ارگانیک آن توسط قوه مؤسس در قانون اساسی پیش بینی شده باشد و از نظر تصویب دارای تشریفات خاص و کمی متفاوت با تصویب قانون عادی است و شورای قانون اساسی باید مطابقت آن را با قانون اساسی بررسی نماید. بنابراین، در نظام حقوقی فرانسه قانون ارگانیک سه خصوصیت دارد: نخست به رسمیت شناخته شدن توسط قانون اساسی؛ دوم تشریفات خاص تصویب و سوم نظام کنترولی خودکار.

مبحث دوم) تفاوت قانون ارگانیک با قانون عادی

در پاسخ به سؤال دوم باید گفت: تفاوت قانون ارگانیک با قانون عادی این است که بررسی مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی در نظام حقوقی فرانسه صورت نمی پذیرد، مگر اینکه این امر از شورای

قانون اساسی توسط مقامات سیاسی معین درخواست شود. در حالی، که شورای قانون اساسی فرانسه مکلف است بررسی مطابقت قانون ارگانیک را با قانون اساسی انجام بدهد، خواه نهادی این تقاضا را نماید و یا ننماید. تفاوت دیگر این است که در نظام حقوقی فرانسه قانون ارگانیک نسبت به قوانین عادی از اهمیت بیشتری برخوردار است و از نظر سلسله مراتب هنجارها در مرتبه بعد از قانون اساسی و قبل از قوانین عادی قرار می گیرد.

مبحث سوم) عدم شناسایی قانون ارگانیک در نظام حقوقی افغانستان

با توجه به آنچه گفته شد، پاسخ پرسش سوم که آیا در نظام حقوقی افغانستان قانون ارگانیک وجود دارد یا خیر مشخص می گردد؛ به این توضیح که: در نظام حقوقی افغانستان قانون ارگانیک وجود ندارد، زیرا:

نخست این که: برخلاف قانون اساسی فرانسه، قانون اساسی به هیچ قانونی وصف ارگانیک نداده است؛

دوم این که: قوانینی که از قبل لزوم تصویب آنها را قانون اساسی پیش بینی کرده است با سایر قوانین از کیفیت تصویب در پارلمان و نظارت ستره محکمه تفاوتی ندارند؛ و

سوم این که: قوانینی که از قبل لزوم تصویب آنها را قانون اساسی پیش بینی کرده است، از لحاظ ارزش هنجاری با سایر قوانین تفاوت ندارند و از نظر اهمیت در یک سطح قرار می گیرند.

به نظر می رسد با توجه به این دلایل در قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی قوانین ارگانیک به رسمیت شناخته نشده است و از جمله اسناد تقنینی در نظام حقوقی افغانستان محسوب نمی گردد. از آنچه در خصوص قوانین گفته شد، نتایج ذیل به دست می آید:

۱) در نظام حقوقی افغانستان فرایند قانونگذاری به نحو مناسب به ترتیب ذیل پیش بینی شده است:
۱- قانون اساسی در نظام حقوقی افغانستان توسط کمیسیون تسوید قانون اساسی، تسوید شده است. به منظور تبدیل شدن این مسوده به قانون، این مسوده توسط لویه جرگه که قوه مؤسس در نظام حقوقی افغانستان است تصویب شده و توسط رئیس جمهور توشیح گردیده است. یگانه قانون اساسی ای که بعد از تصویب نافذ گردیده است قانون اساسی ۱۳۸۲ بوده است.

قانون اساسی افغانستان از جمله قوانین اساسی انعطاف ناپذیر مکتوبه است و لذا تعدیل آن تابع شرایط خاص است. پیشنهاد تعدیل قانون اساسی می تواند توسط رئیس جمهور یا اکثریت شورای ملی صورت پذیرد. به منظور تدوین طرح بازنگری، هیأتی (کمیسیونی) از بین اعضای حکومت، شورای ملی و ستره محکمه به فرمان رئیس جمهور تشکیل می گردد.

برای تصویب طرح تعدیل، لویه جرگه بر اساس فرمان رئیس جمهور دایر می شود. در صورتی که لویه جرگه با اکثریت دو ثلث کل اعضا طرح تعدیل را تصویب کند، بعد از توشیح رییس جمهور نافذ می گردد. رئیس جمهور افغانستان نمی تواند قانون اساسی را از طریق مراجعه به آرای عمومی تعدیل نماید.

۲- در نظام حقوقی افغانستان قوه مجریه، قوه مقننه و ستره محکمه صلاحیت تهیه طرح قانون عادی را دارند. در نظام حقوقی افغانستان میان طرح قانونی و لایحه قانونی نمی توان برخلاف نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و فرانسه تفکیک قایل شد. در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و فرانسه به پیش نویس تهیه شده توسط حکومت لایحه قانونی و به پیش نویس تهیه شده توسط پارلمان طرح قانونی می گویند. در نظام حقوقی جمهوری اسلامی افغانستان به پیش نویس قانون چه توسط شوری و چه توسط حکومت تهیه شود، طرح قانونی می گویند.

در صورت تهیه شدن پیش نویس قانون توسط قوه مجریه یا شورای ملی در دوره جمهوریت یا ستره محکمه، به منظور تبدیل شدن این پیش نویس به قانون، پیش نویس باید توسط یکی از ریاست های انستیتوت امور قانونگذاری وزارت عدلیه تدقیق، توسط کابینه تأیید، توسط ولسی و مشرانو جرگه در دوره جمهوریت تصویب و در صورت عدم توافق ولسی و مشرانو جرگه توسط هیأت مختلط تصویب، توسط رئیس جمهور توشیح، در جریده رسمی نشر و نافذ می شد.

فیصله هیأت مختلط بعد از توشیح رئیس جمهور، نافذ شمرده می شد. در صورتی که هیأت مختلط نمی توانست اختلاف نظر را رفع کند، مصوبه رد شده به حساب می آمد. در این حالت ولسی جرگه می توانست در جلسه بعدی آن را با دو ثلث آرای کل اعضا تصویب کند. مصوبه بدون رایبه به مشرانو جرگه بعد از توشیح رئیس جمهور نافذ می گردید.

قوه مقننه و مجریه نمی توانستند طرح قانون را در مورد مسایلی که مربوط به «تنظیم ساحه امور قضایی» شود، فراهم نمایند، اما در سایر موارد می توانستند طرح قانونی را پیشنهاد نمایند. طرح بودجه باید انحصاراً توسط حکومت ترتیب می شد.

همچنین، رئیس جمهور نمی توانست از طریق مراجعه به آرای عمومی طبق ماده ۶۵ قانون اساسی قانون عادی وضع نماید، زیرا این امر خلاف ماده ۹۴ قانون اساسی بود که طبق این ماده قانون مصوبه مجلسین بود که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد مگر اینکه در قانون اساسی طور دیگری تصریح گردیده باشد.

۳- در نظام حقوقی افغانستان حکومت صلاحیت وضع مقررات را دارد. فرایند وضع مقررات عبارت اند از: تسوید، تدقیق، تأیید، منظوری رئیس جمهور یا رئیس الوزرا، نشر و انفاذ.

۴- حکومت صلاحیت وضع اساسنامه های شخصیت های حکمی عامه را دارد. این اساسنامه ها توسط شخصیت حکمی عامه تسوید، توسط وزارت عدلیه تدقیق و پس از تصویب کابینه و منظوری رئیس جمهور در دوره جمهوری و اکنون رئیس الوزرا نافذ و در جریده رسمی توسط وزارت عدلیه نشر می شوند.

۵- لوایح و طرزالمعل ها در نظام حقوقی افغانستان توسط وزارت، اداره، کمیسیون مستقل یا غیر مستقل تسوید می شود و بعد از منظوری وزیر، رئیس و یا کمیشنر نافذ می گردند، اما در جریده رسمی نشر نمی شوند. لوایح و طرزالمعمل ها پس از نشر توسط اداره تسوید کننده نافذ می شوند.

۲) حدود صلاحیت قانونگذاری شورای ملی و حکومت در قانون اساسی به درستی روشن نگردیده بود. بنابراین، شورای ملی و حکومت می توانستند در هر حوزه قانونگذاری نمایند.

۳) در خصوص پیشنهاد طرح قانون عادی در قانون اساسی ابهامی وجود نداشت، زیرا صلاحیت طرح قانون توسط شورای ملی، حکومت و ستره محکمه در قانون اساسی به درستی روشن گردیده بود.

۴) میان قانون اساسی و قوانین عادی فرق های ذیل ظاهر می گردد:

۱- از نظر مرجع ای تصویب: مرجع ای تصویب قانون اساسی در افغانستان لویه جرگه است. اما، قوانین عادی توسط حکومت، ستره محکمه و حتی خود شورای ملی تسوید و توسط شورای ملی تصویب می شد. به عبارت دیگر: مرجع ای صلاحیتدار تصویب قانون اساسی قوه مؤسس است که برآمده از مردم است. اما، مرجع ای تصویب قوانین عادی یکی از قوای تأسیسی؛ یعنی: شورای ملی بود که برآمده از قانون اساسی است؛

۲- از نظر موضوع: موضوعاتی که در قانون اساسی درج می شود، غالباً شامل اصول و مبانی دولت و نظام سیاسی، تشکیلات دولت، حقوق و تکالیف قوای ثلاثه دولت و حقوق و آزادی های اساسی اتباع می شود. اما، موضوع قوانین عادی می تواند متفاوت باشد و این امر بستگی به قانون عادی دارد، مثلاً موضوع قانون سرمایه گذاری خصوصی تنظیم قواعد حقوقی مربوط به سرمایه گذاری، از قانون بانکداری تنظیم قواعد حقوقی مربوط به بانک ها است.

۳- از نظر نقض: نقض قوانین متنی عادی موجب تطبیق قوانین شکلی عادی می شود که منجر به ایجاد اصول محاکمات مدنی، جزایی، تجارتی، اداری و ... می شود. اما، نقض قانون اساسی به ویژه در ممالکی که دارای محکمه قانون اساسی هستند، موجب ایجاد قضاوت و صدور رأی توسط قضات این محاکم و ایجاد اصول محاکمات اساسی می شود.

۴- از نظر صیانت: قوانین عادی توسط قضات عادی صیانت می شوند. اما، قوانین اساسی امروزه توسط قضات اساسی محاکم اساسی و قضات محاکم صیانت می شوند؛

۵- از نظر تعدیل: تعدیل قوانین عادی به آسانی توسط شورای ملی صورت می پذیرد. اما، تعدیل قانون اساسی مستلزم رعایت شکلیات خاص است که توسط قوه بازنگری قانون اساسی (لویه جرگه تعدیل قانون اساسی) صورت می گیرد. اما، مشابهت های که میان قانون اساسی و قوانین عادی وجود دارد قرار ذیل اند:

۱- هر دو توسط رئیس جمهور توشیح می شدند؛ و

۲- هر دو در جریده رسمی نشر می گردیدند.

در نظام حقوقی افغانستان میان قانون و مقررہ فرق های ذیل وجود دارد:

۱- از نظر مرجع ای تصویب: صلاحیت تصویب قانون را شورای ملی بود. اما، صلاحیت وضع مقررہ را حکومت دارد؛ و

۲- از نظر محتوی: مقررات همیشه مُکْمِل قوانین است. زیرا، قوانینی که اجرای آنها ایجاب شکلیات با جزئیات تر را می نماید، حکومت به این منظور به وضع مقررہ مبادرت می ورزد؛

۳- در برخی موارد غالباً قوانین به خصوص قوانین ماهوی مؤجد حق و تکلیف برای اشخاص هستند. مقررات مستقل نیز مانند قوانین مؤجد حق و تکلیف برای اشخاص هستند. اما، مقررات اجرایی مسایل اجرائی را تنظیم می نمایند. وجه مشترکی که بین مقررہ و قانون وجود دارد این است که هر دو در جریده رسمی نشر می گردند و بعد از نشر قابل تنفیذ هستند و هر دو در نظام حقوقی افغانستان سند تقنینی تلقی می شوند. از نظر ارزش هنجاری میان مقررہ، لایحه و طرزالعمل تفاوتی وجود ندارد. اما، از نظر مراجع تسوید و تصویب میان مقررہ و لایحه و طرزالعمل تفاوت وجود دارد. صلاحیت وضع و تصویب لایحه را ادارات دولتی دارند. اما، صلاحیت تصویب مقررہ را کابینه دارد. باید در اخیر این مبحث گفت فرقی که میان حق

وق و قانون وجود دارد این است که حقوق کل است و قانون جزء. همچنین، تمام قوانین حقوق است. اما همه حقوق قوانین نیست. حقوق علاوه بر قوانین عرف، اصول کلی حقوق، رویه قضایی و دکترین را نیز دربرمیگیرد. میان حقوق و قانون رابطه عموم و خصوص است.

فصل دوازدهم: سایر تقسیمات و سلسله مراتب و تفسیر وقوانین

مبحث اول) تقسیمات قوانین از شکل

به نظر می رسد قوانین عادی در نظام حقوقی افغانستان به قوانین ماهوی، شکلی، شکلی و ماهوی، امری و اختیاری تقسیم می شوند:

گفتار اول) قوانین ماهوی

قوانین ماهوی^{۲۶۴} که قوانین متنی نیز نامیده می شوند عبارت از قوانین اند که ماهیت و محتوی قانون را تشکیل می دهند و ایجاد کننده حق و تکلیف اند.^{۲۶۵} به عبارت دیگر: قوانینی که ناظر به اسباب و از بین رفتن حق است و یا شرایط اصلی اعمال و حوادث حقوقی را معین می کند، ماهوی یا «موجد» حق هستند. بنابراین، قوانینی که صحت معاملات و عقود، شرایط صحت وصیت، سهم ورثه ها و ... را تنظیم می نمایند، قوانین ماهوی هستند، مانند: قانون مدنی، اصولنامه تجارت، قانون جزاء و امثال اینها.

گفتار دوم) قوانین شکلی

قوانین شکلی^{۲۶۶} عبارت از قوانینی اند که ناظر بر شکلیات و تنظیم جریان دعوی هستند مانند: قانون اصول محاکمات مدنی، قانون اصول محاکمات تجارتي، قانون اجراءات جزایی و امثال اینها. تطبیق قوانین شکلی زمان مطرح می شود که قوانین متنی نقض شوند.

گفتار سوم) قوانین ماهوی و شکلی

برخی قوانین به طور مطلق متنی و برخی به طور مطلق شکلی است. اما، برخی قوانین وجود دارد که هم متنی و هم شکلی است. معمولاً این گونه قوانین حاوی قواعد ماهوی و شکلی است که از یکطرف حق و تکلیف اشخاص را معین نموده است و از طرف دیگر برای پیشبرد دعوی در صورت نقض قواعد

264 . Substantive law.

۲۶۵. سید جلال الدین مدنی، (۱۳۸۶). مبانی و کلیات علم حقوق، چاپ شانزدهم، انتشارات پایدار، ص ۱۹۰؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۷۹). کلیات حقوق، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۳۵۰ و ۳۵۱.

266 . Procedural law.

متنی احکام معین را پیش بینی نموده است، مانند قانون کار، قانون مالیات بر عایدات، قوانین گمرکات و امثال اینها.

تقسیم قوانین به ماهوری و شکلی بحث نظری محض نیست. فایده عملی این تقسیم این است که از قوانین ماهوری حقوق ماهوری، مانند حقوق مدنی، حقوق تجارت، حقوق جزاء و امثال اینها و از قوانین شکلی حقوق شکلی مانند: اصول محاکمات مدنی، اصول محاکمات تجارتي و اصول محاکمات جزایی ناشی می شود. بحث حقوق ماهوری و شکلی در فصل بعدی خواهد آمد.

مبحث دوم) تقسیمات قانون از نظر درجه الزام

قوانین از این ناحیه به دو دسته ذیل تقسیم می شود:

گفتار اول) قوانین امری

برخی حقوقدانان بر این نظر اند که قانون امری، قانون است که متضمن امر و نهی است؛ به این معنی که: قانونگذار در این گونه قوانین انجام دادن برخی اعمال را نهی می کند و یا دستور می دهد که مردم فعلی را انجام دهند.^{۲۶۷}

در نگاه اول به نظر می رسد قانون مالیات بر عایدات که به موجب آن همه اشخاص واجد شرایط باید مالیات بپردازند از مصادیق قوانین امری است، اما اگر اندکی دقت نماییم در می یابیم که هیچ قانونی به طور مطلق امری نیست، زیرا در این گونه قوانین برخی احکام وجود دارد که به اشخاص حق انجام و یا ترک فعل را می دهد.

گفتار دوم) قوانین اختیاری

قوانین اختیاری قوانین اند که برای مخاطبین ایجاد تکلیف نمی نمایند بلکه مخاطبین را در فعل و یا ترک یک عمل مخیر می نمایند.^{۲۶۸} ایرادی که بر قانون امری وارد است بر قانون اختیاری نیز وارد است، زیرا به نظر می رسد هیچ قانونی وجود ندارد که همه قواعد آن اختیاری باشد. از آنچه در مورد قوانین امری و اختیاری گفته شد، به این نتیجه می رسیم که برخی قواعد یک قانون امکان دارد امری و برخی اختیاری باشد. برخی قواعدی دیگر قانون امکان دارد ناهیه باشد.

قواعدی که در متن قانون پیش بینی می شوند به سه دسته تقسیم می شوند. قواعد آمره، قواعد ناهیه و قواعد اختیاری. قواعد آمره موجب ایجاب تکلیف می گردند. قواعد آمره معمولاً با عبارت «مکلف است» آغاز می شود. قواعد ناهیه قواعدی اند که اجرای یک عمل را ممنوع قرار می دهند. قواعد اختیاری قواعدی اند که موجب ایجاد حق می شوند. معمولاً قواعد اختیاری با عبارت «می تواند»، «جواز»، «حق دارد» تصریح می شوند که به مخاطب حق صلاحیت انجام و یا ترک فعل را می دهد.

۲۶۷. صفر بیگ زاده (۱۳۸۷)، شیوه نگارش قانون، چاپ دوم، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، ص ۱۶۱

۲۶۸. همان، صفر بیگ زاده، ص ۱۶۱.

مبحث سوم) سلسله مراتب قواعد حقوقی^{۲۶۹} و نظارت بر آن

با انفاذ قانون اساسی جدید، قانون اساسی سابق و نظام حقوقی مبتنی بر آن منسوخ می گردد. قانون اساسی جدید الهام بخش قوانین فرعی و مبنای آنها قرار می گیرد. برای عدم مخالفت قوانین فرعی با قانون اساسی کنترل مطابقت قوانین فرودین با قانون اساسی یکی از ابزای های مهم به شمار می رود. در این مبحث تعریف سلسله مراتب هنجارها (گفتار اول)، نظارت بر سلسله مراتب قواعد (گفتار دوم) را مطالعه می نمایم.

گفتار اول) تعریف سلسله مراتب قواعد حقوقی

میان قواعد حقوقی ای که در نظام حقوقی افغانستان وجود دارد، سلسله مراتب وجود دارد. سلسله مراتب قواعد حقوقی در نظام حقوقی به این معنی است که تمامی قواعد موجود در نظام حقوقی براساس نظم خاص سازمان یافته اند؛ به این گونه که: برخی از برخی دیگر پیروی می کنند. هر قاعده^{۲۷۰} (هنجار)^{۲۷۱} فرودین قانونی اعتبار خویش را از هنجار قوانین فرازین می گیرد.

در واقع شرط اعتبار قواعد قوانین فرودین، اعتبار قواعد قوانین فرازین است. در نظام حقوقی داخلی، هنجارهای قانون اساسی به عنوان هنجارهای فرازین این نظم به شمار می روند و تمامی هنجارهای موجود دیگر در نظام حقوقی اعتبار خویش را از هنجارهای قانونی اساسی اخذ می نمایند.^{۲۷۲} در میان میان هنجارهای قانونی در نظام حقوقی افغانستان، اول هنجارهای قانون اساسی، سپس قوانین عادی قرار دارند.

فرامین تقنینی مطابق ماده ۷۹ ق. ا قبل از تصویب شورای ملی در حکم قوانین عادی و بعد از تصویب شورای ملی به قوانین عادی تبدیل می شدند. بنابراین، از نظر ارزش هنجاری فرامین تقنینی همسطح و هم ارزش با قوانین عادی بودند. معاهدات و میثاق های بین المللی قبل از تصویب شورای ملی فراتر از قوانین عادی بودند چون مبنای قوانین عادی قرار می گرفتند مانند قانون رسیدگی به تخلفات اطفال و قانون منع خشونت علیه زن که علاوه بر قانون اساسی مبنای آنها کنوانسیون حقوق اطفال و کنوانسیون منع خشونت علیه زن بوده است.

اما، بعد از تصویب معاهدات و میثاق های بین المللی در حکم قوانین عادی بودند (ماده ۹۴ ق. ا). بعد از قوانین عادی در نظام حقوقی افغانستان مقررات و اساسنامه قرار دارند چون هر دو از نظر فرایند تابع تشریفات واحدی اند. بعد از مقررات و اساسنامه ها لوایح و طرزالعمل ها قرار دارند.

269 . Hierarchy of norms.

270 . Rule.

271 . Norm.

۲۷۲. محمد رضا ویژه (۱۳۸۸). تأملی بر سلسله مراتب هنجارها در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، فصلنامه راهبرد، سال هجدهم، شماره پنجاه، ص ۱۰.

اما، قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی که در سال ۱۳۹۶ وضع و نافذ گردیده است و آخرین تحول در خصوص قانونگذاری در نظام حقوقی افغانستان است، جایگاه معاهدات بین المللی را از نظر سلسله مراتب قوانین پایین تر از فرمان تقنینی قرار داده است که محل ایراد به نظر می رسد. ماده ۸ این قانون در این خصوص می گوید: «(۱) اسناد تقنینی مندرج در این قانون از حیث قوت به ترتیب ذیل قرار دارند:

- ۱- قوانین عادی؛
- ۲- فرامین تقنینی؛
- ۳- اسناد حقوق بین الملل که افغانستان به آن ملحق شده باشد؛
- ۴- اصول و وظایف داخلی مجلسین شورای ملی؛
- ۵- مقرردها و اساسنامه ها؛
- ۶- طرز العمل ها و لوایح.»

گفتار دوم) نظارت بر سلسله مراتب قواعد حقوقی

نظارت بر سلسله مراتب هنجارها که به نام کنترل سلسله مراتب قوانین نیز یاد می شود به این معنی است که هنجارهای قوانین عادی که فرامین تقنینی و معاهدات نیز در نظم حقوقی افغانستان در حکم قوانین عادی اند، نباید مخالف هنجارهای قانون اساسی، هنجارهای مقررات و اساسنامه ها نباید مخالف قوانین عادی و هنجاریهای لوایح نباید مخالف مقررات و هنجارهای طرز العمل ها نباید مخالف هنجارهای لوایح باشد.

به عبارت ساده تر: نظارت بر سلسله قوانین فرعی با اساسی این است که باید نظارت صورت بگیرد که طرز العمل ها مخالف لوایح، لوایح مخالف مقررات و اساسنامه ها، مقررات و اساسنامه ها مخالف قوانین عادی و قوانین عادی مخالف قانون اساسی نباشند. مبنای نظارت بر سلسله مراتب قواعد حقوقی اصل برتری قانون اساسی^{۲۷۳} است. طبق ماده ۱۲۱ ق. ا صلاحیت نظارت بر سلسله مراتب قواعد حقوقی را در نظام حقوقی افغانستان ستره محکمه دارد.^{۲۷۴}

مبحث چهارم) تفسیر قانون

معمولاً قانون ساز و قانونگذار به دلیل عدم دقت، عدم داشتن تخصص لازم، تحت الشعاع قرار گرفتن مسایل حقوقی توسط مقامات سیاسی نمی توانند آنچه را که می خواهند در قالب قانون پیش بینی نمایند. زمانی قانون به مرحله تطبیق می رود، چون معنی و اراده در ذهن قانونگذار و قانون نویس بوده است و خود قانونگذار و یا قانون نویس وجود ندارد و یا وجود دارد اما قابل دسترس نیست تا آنچه را در

273 . Supremacy of constitution.

۲۷۴. جهت مطالعه بیشتر در این خصوص ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۶). شرح قانون اساسی (۱): حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، چاپ دوم، فصل اخیر، کابل: انتشارات سعید.

قالب قانون تصویب کرده است تفسیر و بیان نماید که چه خواسته است، از اراده و منظور و مقصود او برداشت های مختلف و تفسیر های متفاوت توسط مجریان قانون صورت می گیرد. این برداشت ها و تفسیر های متفاوتی زمانی از متن قانون صورت می گیرد که متن مبهم باشد. بنابراین، در صورتی که متن واضح و روشن باشد به گونه ای که همه یکسان متن و نص قانون را بفهمند، بحث تفسیر به دلیل برداشت واحد منتفی به نظر می رسد. اما، در صورتی که نص مبهم باشد تفسیر قانون مطرح می شود.

علاوه بر این، عبارت و یا نص قانون امکان دارد برحسب اوضاع و احوال مطلق و مقید، صریح و دلالی، عام و خاص و نظیر اینها باشد که ضرورت تفسیر قانون را ایجاد می نماید. علم حقوق برای کشف و درک اراده و مقصود قانونگذار و رفع این معضل، مفهوم ویژه را ایجاد نموده است که تفسیر نامیده می شود.

گفتار اول) تعریف تفسیر و فرق آن با تعبیر و تأویل

تفسیر از ریشه فسر گرفته شده که در لغت به معنی واضح ساختن و آشکار ساختن است. همچنین، تفسیر در لغت به معنای بیان و کشف مقصود گوینده اطلاق می گردد. به شخص و یا نهادی که قانون را تفسیر می نماید مفسر می گویند. طبق تعریفی که در کتاب لسان العرب یکی از کتب معتبر در فرهنگ لغات لسان عربی مسجل گردیده است، «الفسر: البیان» تفسیر به معنای بیان و روشنگری است؛ یعنی: تفسیر الشی به معنای تبیین آن است.

تأویل از ریشه فعل أول گرفته شده است که به معنی تفسیر کردن و بیان کردن است. ماده ۴ جزء ۴ قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه در تعریف تأویل می گوید: «تأویل: تعبیر حکم ماده مشخص قانون مبنی بر اخذ معنی احتمالی آن می باشد». تعبیر از ریشه عبر گرفته شده است که در لغت به معنی به عبارت آوردن، به سخن آوردن، بیان کردن، خواب را تفسیر کردن و شرح دادن است. ۲۷۶ به شخصی که تعبیر می نماید معبر می نامند.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می یاید که تأویل، تفسیر و تعبیر در لغت دارای معنی تقریباً مشابه اند. اما، تعبیر برای شرح و بیان خواب و تأویل در شریعت مترادف با تفسیر است. در اصطلاح حقوقی تفسیر قانون عبارت از کشف مراد و مقصود و اراده قانون گذار است در صورت مبهم بودن لفظ قانون. ماده ۴ جزء ۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم در تعریف تفسیر می گوید: «تفسیر توضیح و تشریح مقصود حکم قانون و ابراز اراده مقنن است.»

گفتار دوم) اهمیت

تفسیر قانون در علم حقوق دارای همان اهمیت است که تفسیر در شریعت است. زیرا همانطور که فقیه با تفسیر قرآن و حدیث احکام را از قرآن و حدیث استنباط می نماید، حقوقدان نیز با استفاده از فنون تفسیر قواعد را از قانون به مفهوم عام استنباط می نماید.

بنابراین، تفسیر قانون حقوقدان را در استنباط قواعد از متون قوانین کمک می نماید. از این رو، بر قاضی، وکیل مدافع، خارنوال (مدعی العموم/ دادستان)، مشاور حقوقی و سایر دست اندرکاران بخش های عدلی و قضایی دانستن فنون تفسیر قانون ضروری است. همچنین، تفسیر قانون در توسعه علم حقوق نقش مهم را ایفاء می نماید. زیرا، دانشمندان حقوق با تفسیر قوانین علم حقوق را رشد و توسعه می دهند.

گفتار سوم) اقسام و مرجع تفسیر

تفسیر قانون را به عبارات مختلف به پنج نوع ذیل تقسیم نموده اند:

۱) به اعتبار مرجع تفسیر کننده: به این اعتبار، تفسیر را به تفسیر شخصی، قضایی و قانونی تقسیم

نموده اند:

۱- تفسیر شخصی: تفسیر شخصی که به نام تفسیر نظری و علمی نیز یاد می شود عبارت از تفسیری است حقوقدانان و استادان حقوق در نوشته ها و سخنرانی های و دروس خویش از قوانین می کنند. به اعتبار اینکه این تفسیر جنبه رسمی ندارد و دولت عهده دار آن نیست آن را «تفسیر شخصی» می گویند.

همچنین، به دلیل این که فهم، عقل، درجه تحصیل، هوش و ... هر حقوقدان متفاوت است، معمولاً تفسیر هایی را که حقوقدانان از نصوص قوانین ارایه می نمایند متفاوت و متعارض است. به حیث مثال، اگر یک ماده قانون را که مبهم و مجمل باشد، چندین حقوقدان تفسیر نمایند، چندین تفسیر و استنباط ارایه خواهند نمود.

۲- تفسیر قضایی: تفسیر قضایی عبارت از تفسیری است که توسط قضات صورت می گیرد، زیرا زمانی که دعوی نزد قاضی غرض حل و فصل اقامه می شود، قاضی مطابق اصل مستند و مستدل بودن حکم و ماده ۲۴۷ ق. ا. م. م باید فیصله خویش را مستند به قوانین صادر نماید. در این صورت، قاضی مکلف است قانون را به ویژه در صورتی که دارای ابهام و غموض باشد تفسیر نماید.

این تفسیر توسط قاضی در دعاوی بین اشخاص صورت می گیرد و اعتبار آن محدود به همان دعوی است. بنابراین، تفسیری که قاضی در دعوی خاص از قانون می نماید، نه در دعاوی دیگر برای او الزام آور است و نه سایر قضات را مجبور به رعایت آن می نماید.

۳- تفسیر رسمی و مرجع ای آن: تفسیر رسمی عبارت از تفسیری است که توسط مرجع مفسر قانون صورت می گیرد. ارزش و اعتبار این نوع از تفسیر، مانند خود قانون است و برای تمام افراد و محاکم الزام آور است. اهمیت تفسیر قانونی و شناسایی مرجع تفسیر قانونی این است که تفسیر قانونی

حلال مشکل است و به تفسیر های متفاوت شخصی که توسط حقوقدانان از نصوص قوانین به خصوص قانون اساسی صورت می گیرد، پایان می دهد.

به حیث مثال، تفسیر های مختلفی را که حقوقدانان در مورد این که قانون تشکیل و صلاحیت کمیسیون مستقل انتخابات و کمیسیون رسیدگی به شکایات انتخاباتی جزء قانون انتخابات است یا نیست یا این که وظیفه رئیس جمهور در اول جوزای سال پنجم بعد یا قبل از انتخابات ختم می شد (ماده ۶۱ ق. ۱) یا این که دوره کاری ولسی جرگه به تاریخ اول سرطان سال پنجم بعد یا قبل از انتخابات ختم می شد (ماده ۸۳ ق. ۱) خاتمه می دهد. پرسش این است که کدام نهاد صلاحیت این گونه تفسیر را دارد؟ در پاسخ به این پرسش دو روش وجود دارد: روش امریکایی و روش اروپایی.

در روش امریکایی صلاحیت تفسیر قانون اساسی را دیوان عالی و یا ستره محکمه دارد مانند ایالات متحده امریکا. در روش اروپایی صلاحیت تفسیر قانون اساسی را نهاد های صیانت از قانون اساسی دارد، مانند محکمه قانون اساسی و شورای قانون اساسی دارد. به حیث مثال، در نظام حقوقی فرانسه شورای قانون اساسی صلاحیت تفسیر قانون اساسی و در آلمان محکمه قانون اساسی این صلاحیت را دارد. به نظر می رسد در نظام حقوقی افغانستان این صلاحیت را ستره محکمه داشت.^{۲۷۷}

فرقی که بین تفسیر قانونی، قضایی و شخصی وجود دارد این است که تفسیر قانونی الزام آور، تفسیر قضایی بر طرفین قضیه مطروحه الزام آور و تفسیر شخصی فاقد الزام است. این تقسیمات تفسیر به اعتبار مرجع و یا نهاد تفسیر است. پرسش این است که با چه روش های این اشخاص و نهاد ها می توانند قانون را تفسیر نمایند؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که علم حقوق برای این که مفسر بتواند قانون را تفسیر نماید، روش های معین را در دسترس مفسر قرار داده است. این روش ها، روش تفسیر به اعتبار وسعت و شیوه استنباط قواعد است.

۲) به اعتبار وسعت قواعد: به اعتبار وسعت قواعد تفسیر را به تفسیر وسیع و محدود تقسیم نموده اند:

۱- تفسیر محدود: تفسیر محدود که به نام تفسیر مضیق نیز نامیده می شود تفسیری است که در آن از معنای مواد قانونی تجاوز نموده و حدود اجرای آن را توسعه ندهند. اصولاً تفسیر مضیق در قوانین مربوط به نظم عمومی به کار می رود زیرا این قبیل قوانین با مصالح اساسی جامعه پیوند دارد و بر اساس آن، آزادی های فردی حفظ می گردد. مطابق اصل قانونی بودن جرم و مجازات، تمامی قوانین جزایی باید به طور مضیق و محدود تفسیر گردند و کاملاً طبق همان الفاظ و عباراتی که قانون گذار برای بیان اغراض خود به کار برده است، صورت گیرد.

۲۷۷. جهت مطالعه بیشتر در این خصوص ر. ک: نظام الدین عبدالله، شرح قانون اساسی (۱۳۹۶). حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، جلد (۱)، فصل اخیر، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.

۲- تفسیر وسیع: تفسیر وسیع (موسع) آن است که معنی مواد قانونی را تا آنجا که قابلیت کشش دارد را با رعایت انصاف و عدالت توسعه دهند. در تفسیر موسع تنها پای بندگی به الفاظ و عبارات قانون کافی نیست و باید به مصالح مورد نظر قانون‌گذار نیز مراجعه کرد.

بر اساس این روش، حکمی که قانون برای موضوعی معین در نظر گرفته به موضوعات و حالات مشابه تسری داده می‌شود زیرا قانون‌گذار به همه این اعمال و رفتار انسان‌ها احاطه و اشراف ندارد تا آن‌ها را پیش‌بینی کند یا برای هر یک حکمی مستقل در قانون در نظر گیرد.

لذا با استناد به روح و هدف قانون‌گذار و عرف و عادت، تفسیری موسع از قانون ارایه می‌شود. در حقوق خصوصی به سبب انعطاف‌پذیری بیش‌تر متون قانونی و نپرداختن به جنبه‌های نظم عمومی و مصالح اجتماعی، قاضی می‌تواند با توسل به این شیوه، راه حلی مناسب پیدا نماید، اما بر عکس در امور جزایی که عموماً جنبه نظم عمومی دارد و به مصالح اجتماعی مربوط می‌گردد، تفسیر موسع به سلب حقوق و آزادی‌های فردی می‌انجامد و با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها سازگاری ندارد.

به حیث مثال عبارات ضرر و جبران خسارت در ماده ۵۱ ق. ا را که تصریح می‌نمود: «هر شخص که از اداره بدون موجب متضرر شود، مستحق جبران خساره می‌باشد و می‌تواند برای حصول آن در محکمه دعوا اقامه کند [...]». دو گونه می‌توان تفسیر کرد: تفسیر محدود و تفسیر وسیع. هرگاه عبارات ضرر و جبران خسارت را تفسیر محدود نماییم، نتیجه این می‌شود که منظور قانونگذار اساسی از ضرر و جبران خسارت صرف ضرر و جبران خسارت مادی است. اما، هرگاه عبارت ضرر و جبران خسارت را در این ماده تفسیر وسیع نماییم، نتیجه این می‌شود که ضرر و جبران خسارت در این ماده شامل ضرر مادی، معنوی، مختلط و عدم النفع می‌شود.

۳) تقسیم تفسیر بر اساس وسیله استنباط: به اعتبار وسیله استنباط تفسیر قانون را به ادبی، تأریخی و منطقی تقسیم نموده‌اند:

۱- تفسیر ادبی: در تفسیر ادبی، مفسر تنها به الفاظ و عبارات قانون توجه دارد و می‌کوشد تا به یاری فنون مربوط به قواعد و دستور زبان، معنی درست آن را بفهمد و اجمال و نقص قانون را برطرف سازد. به عبارت دیگر: در این روش مفسر برای درک اراده قانونگذار از عبارات، اصطلاحات و واژه‌ها استفاده می‌نماید.^{۲۷۸}

این روش یکی از پرکاربردترین روش‌ها در علم حقوق به نظر می‌رسد، زیرا این روش به کثرت توسط استادان و دانشمندان علم حقوق در تفسیر قوانین مورد استفاده قرار می‌گیرد. به حیث مثال، ماده ۲۲ ق. ا را که تصریح می‌نماید: «هر نوع تبعیض و امتیاز میان اتباع ممنوع است [...]». است می‌توان تفسیر لفظی نمود. تبعیض در لغت به معنی جزء جزء کردن، جدا کردن برخی از برخی، برخی را قبول و

برخی را رد کردن، تقسیم و جدا کردن بعضی از بعضی و رجحان بعضی بر بعضی است.^{۲۷۹} امتیاز در لغت به معنی جدا شدن از یکدیگر، برتری داشتن و مزیت داشتن است.^{۲۸۰} به نظر می رسد منظور قانونگذار اساسی از امتیاز در ماده ۲۲ ق. ۱ برتری و رجحان یک تبعه بر تبعه دیگر براساس معیار های مانند جنس، قوم، زبان، منطقه و امثال اینها است.

۲- **تفسیر منطقی / ساختاری:** تفسیر منطقی - ساختاری عبارت از تفسیری است که مفسر غرض کشف اراده و مقصد قانونگذار از نظم منطقی فصل، ابواب و مواد قانون استفاده می نماید. به حیث مثال، دولت در حقوق بین الملل بر مجموعه افرادی اطلاق می گردد که در سرزمین معین زندگی می نمایند و دارای حکومت و حاکمیت اند.

اما، هرگاه قانون اساسی افغانستان را در مورد دولت تفسیر منطقی نماییم، با توجه به این که در فصل اول ق. ۱ احکامی که در فصل اول قانون اساسی زیر عنوان دولت آمده است مربوط به کل نظام سیاسی می شود و در فصل سوم، رئیس جمهور در رأس نظام سیاسی قرار دارد، در فصل چهارم حکومت، فصل پنجم شورای ملی، فصل هفتم قضاء این نتیجه به دست می یابد که دولت در افغانستان بر مجموعه قوای ثلاثه گفته می شود. از این رو، عناصر متشکله دولت در افغانستان عبارت اند از حکومت، شورای ملی و قوه قضائیه.

۳- **تفسیر تاریخی:** چنانچه مفسر از اسناد تاریخی برای کشف منظور قانونگذار استفاده نماید، تفسیر را تاریخی می نامند. به عبارت دیگر: در صورت مبهم، مجمل و ناقص بودن متن قانون، مفسر می کوشد با استفاده از اسناد و مدارک مربوط به زمان وضع قانون و بحث های صورت گرفته در پارلمان به قصد واقعی مقنن دست یابد.^{۲۸۱}

به عنوان مثال مفسر از مقدمات تهیه قانون و مباحثه نمایندگان مجلس، مطالعه مشروح مذاکرات منظور قانونگذار را کشف و قانون را تفسیر می کند.^{۲۸۲} مانند مشروح مذاکراتی که توسط دارالانشای کمیسیون تسوید قانون اساسی در دو جلد زیر عنوان: دارالانشای قانون اساسی، قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح، ۲ جلد، کابل: دارالانشای قانون اساسی، حوت ۱۳۸۲ هجری شمسی به نشر رسید و در برگزیده بحث های اعضای کمیسیون تدقیق قانون اساسی است و مانند مشروح مذاکراتی که توسط کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان در مورد قانون اساسی افغانستان زیر عنوان: جاوید، دین محمد و ولوالجی، اسدالله، لویه جرگه اضطراری (جلد اول) و جلد های دوم، سوم و چهارم تحت عنوان فرایند شکل گیری قانون اساسی: موضع گیری ها، چالش ها و تفاهات در لویه توسط کمیسیون مستقل

۲۷۹. _____ (۲۰۰۷-۲۰۱۱ م). دایرة المعارف آریانا، جلد (۲)، چاپ اول، کابل: اکادمی علوم افغانستان، ص ۷۱.

۲۸۰. محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۱۲۱.

۲۸۱. همان، محمد معین، ص ۱۴۴.

۲۸۲. در مورد تفسیر ر. ک: ناصر کاتوزیان (۱۳۷۹). کلیات حقوق، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۳۵۵-۵۲۷.

حقوق بشر افغانستان در سال، ۱۳۸۱ هجری شمسی به نشر رسیده است و در برگیرنده بحث های اعضای لویه جرگه تصویب قانون اساسی و تفاهماتی که در این جرگه در مورد قانون اساسی صورت پذیرفت است. به دلیل نبودن مشروح مذاکرات قوانین، این روش در افغانستان کمتر و یا اصلاً مورد استفاده قرار نمی گیرد.

- ۴) تفسیر مبتنی بر عمل (Pragmatism): تفسیر مبتنی بر عمل عبارت از تفسیری است که مفسر قانون را بادر نظر داشت عمل و تطبیق قانون تفسیر می نماید مانند تفسیر ماده ۸۴ قانون اساسی و نظیر آن.
- ۵) تفسیر مبتنی بر قضیه قضیه (Precent): تفسیر مبتنی بر قضیه قبلی عبارت از تفسیری است که مفسر قانون را مطابق قضیه های قبلی تفسیر می نماید مانند تفسیر ماده ۱۲۱ قانون اساسی و نظیر آن.

فصل سیزدهم: شریعت

منبع دوم حقوق در نظام حقوقی افغانستان فقه بود. جایگاه شریعت به طور عام و فقه به طور خاص در نظام حقوقی افغانستان در ماده ۱، ماده ۲، ماده ۳، ماده ۱۳۰ و ماده ۱۳۱ ق. ا، ماده ۱ ق. م، ماده ۲ فقره ۴ قانون احوال شخصیه اهل تشیع و ماده ۲ کد جزا تنظیم شده بود. در روشنایی این مواد، جایگاه دین در نظام های حقوقی (مبحث اول)، دین رسمی دولت افغانستان (مبحث دوم)، جایگاه مذاهب در نظام حقوقی افغانستان (مبحث سوم)، جایگاه فقه به عنوان منبع حقوق در نظام حقوقی افغانستان (مبحث چهارم)، رابطه قوانین با فقه (مبحث پنجم)، نظارت بر شرعی بودن قوانین (مبحث ششم) و منابع فقه (مبحث هفتم) و جمع بندی و پیشنهادها را ذیلاً مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول) جایگاه دین در نظام های حقوقی

با توجه به جایگاه دین در نظام های حقوقی، نظام های حقوقی به طور کلی به چهار دسته تقسیم می شوند:

۱) نخست نظام های حقوقی که در آن ها دین از سیاست جدا است که به نام نظام های سکولار نامیده می شود. غالب نظام های اروپایی از این گونه اند، زیرا در اروپا بعد از دوره رنسانس دین را از سیاست جدا کردند. امروزه دانشمندان سکولار اروپایی به این عقیده اند که دین رابطه انسان را به خداوند ﷻ تنظیم می نماید. روابط انسان ها را با همدیگر قواعد حقوقی، پالیسی ها، استراتژی ها و ... که همه ناشی از خرد و علم بشر اند تنظیم می نماید.

به عبارت دیگر: به عقیده سکورالیست ها دین صرفاً رابطه اخلاقی و معنوی انسان را به خداوند ﷻ تنظیم می نماید و در حوزه های سیاست، حکومت، اقتصاد، حقوق، مدیریت و ... احکام و برنامه ندارد. این برداشت ناشی از انجیل است که بیشتر به اخلاقیات می پرداخت و فاقد احکام بود. واژه سکولاریسم^{۲۸۳} مشتق از کلمه لاتینی «Speculum» به معنای «دنیا» یا «گیتی» است که در لغت به معنای دنیا پرستی، عرف گرایی و اعتقاد به اصالت امور دنیوی، مخالفت با تعلیم شرع و مطالب دینی، جدا انگاری دین و دنیا و دین زدایی می باشد. از نظر اصطلاحی این واژه دارای معانی گوناگون و مختلفی است. در یک تعریف جامع متخصصین علوم انسانی می گویند: «سکولاریسم عبارت است از گرایشی که طرفدار حذف یا بی اعتنایی و به حاشیه راندن نقش دین در ساحات مختلف انسانی از قبیل سیاست، حکومت، علم، عقلانیت، اخلاق و ... است.».

با توجه به این تعریف، سکولاریسم امروزه به انواع مختلف مانند سکولاریسم فلسفی؛ یعنی: جدایی مسایل فلسفی از مسایل دینی، سکولاریسم علمی؛ یعنی: جدایی مسایل علمی از مسایل دینی تقسیم می شود که از موضوع مورد بحث ما خارج است. سکولاریسم سیاسی که موضوع مورد بحث ما است، عبارت است از جدایی دین از سیاست و دولت.

طبق این تعریف، علمای دینی نباید با مسایل سیاسی و دولتی و دولتمردان نباید در مسایل دینی دخالتی داشته باشند. علل و عواملی که باعث ایجاد سکولاریسم در غرب شد عبارت اند از: نارسائی متون دینی مسیحیت، گفته ها و نوشته های حواریون، ضعف عقاید و الهیات مسیحی، اختلاف میان دولت و کلیسا، فساد در دستگاه کلیسا، خشونت های کلیسا، خرید و فروش بهشت و دوزخ توسط کلیسا، دستگاه تفتیش عقاید کلیسا، به آتش زدن دانشمندان توسط کلیسا و امثال اینها. مبانی سکولاریسم قرار ذیل اند:

۱- علم گرایی:^{۲۸۴} یعنی اعتقاد به اینکه فقط آموزه هایی معنا دارند که مبتنی بر حس و تجربه باشند. به این ترتیب آموزه های وحیانی و دینی بی معنا اند چراکه غیر تجربی اند. بر این اساس، تمام رویدادهای عالم یک مبنا یا دلیل علمی قابل آزمایش و تجربه دارد. در این دیدگاه واژه هایی مانند روح، غیب، آخرت و خدا غیر علمی و در نتیجه ماحصل توهم انسان تعبیر می شود. در علم گرایی امروزی غرب در تعارض بین علم و وحی، علم دارای ارجحیت است.

۲- عقل گرایی:^{۲۸۵} عقل گرایی در قرن هجدهم پدیدار شد و به معنای اعتقاد به برتری و سلطه عقل و بسندگی آن برای هدایت بشر در تمام شئون زندگی بشر است و بر اساس آن انسان دیگر هیچ نیازی به دین ندارد. به عبارت دیگر: عقل گرایی به این معناست که انسان با تکیه بر عقل خود قادر است همه

283 . Secularism

284 . Scientism.

285 . Rationalism.

مسائل را درک کند و به حل آنها بپردازد. باید به این نکته توجه کنیم که عقل مورد نظر در این تفکر عقل بریده از وحی است.

۳- انسان گرایی: ^{۲۸۶} انسان گرایی نامی است که مؤرخان برای جریان نظری خاصی در دوره رنسانس در نظر گرفته اند که این جریان بر ارزش های انسانی در مقابل تحقیر انسان و جهان توسط راهبان مسیحی قرون وسطی تأکید می کرد. انسان گرایی تنها شناخت و معرفتی را معتبر می داند که ناشی از انسان باشد و به این صورت معرفتی که از طریق وحی و از جانب خداوند ﷻ باشد هیچ اعتباری ندارد.

انسان گرایی هویت فرهنگی عصر جدید غرب است. براساس این اعتقاد انسان محور و مدار همه اشیاء و خالق ارزشها و ملاک تشخیص خیر و شر و حق و باطل است. در واقع در انسان گرایی انسان جای خدا نشسته و با دو اهرم عقل و علم خود را از دین بی نیاز می بیند.

۴- لیبرالیسم: ^{۲۸۷} لیبرالیسم که اباحی گری نیز ترجمه شده است به این معنا است که انسان آزاد به دنیا آمده و صاحب اختیار و اراده است به طوری که مجاز است تا هر جا که برایش ممکن است آزاد زندگی کند. این آزادی بی حد و مرز موجب می شود انسان در تضاد با آرمان های متعالی انسانی و تعالیم دینی قرار بگیرد و دین را انکار کند.

۵- الحاد: در اواخر سده هجدهم عقل گرایان افراطی ظهور یافتند که ایمان به خدا ﷻ را آموزه ای «عقل گریز» می دانستند. بدین معنا که خداوند ﷻ از اموری نیست که بتوان با عقل او را شناخت یا به او ایمان آورد بلکه اساساً عقل انسان نمی تواند به هیچ گونه شناختی در باره خداوند ﷻ دست یابد. بدین سان دین نه تنها در سایه عقل بسندگی از صحنه اجتماع و سیاست حذف شد بلکه اصل حقانیت آن نیز از اندیشه عقلی انسان به بوته فراموشی سپرده شد.

۶- تجدد گرایی: ^{۲۸۸} این مکتب از قرن هفدهم به بعد در اروپا ظهور یافت. انقلاب صنعتی و تکنولوژی مدرن موجب شد انسان به زندگی راحتی دست پیدا کند و قدرت تسلط او بر طبیعت افزایش یابد. انسان مدرن احساس می کرد دیگر نیازی به ارزش ها و هنجارهای کهن ندارد و بنابراین از دیانت پیشین خود هم دست کشید. برخی ممالک اسلامی نیز با پیروی از نظام های اروپایی دین را از سیاست جدا کرده اند مانند ترکیه و قزاقستان. عواملی که موجب جدایی دین از سیاست در برخی ممالک اسلامی شد قرار ذیل اند:

۱- نفوذ فرهنگ غرب در جهان اسلام: فرهنگ سکولار غرب پس از شکل گیری، همراه با سلطه اقتصادی و زرق و برق مادی خود، مشرق زمین را مورد هجوم خود قرار داد. با هجوم ناپلئون به مصر، جنگ های ایران و روس، تسلط فرانسه بر الجزایر، نخستین اندیشه های سکولاریسم به جهان اسلام نفوذ

286 . Humanism.

287 . Liberalism.

288 . Modernism.

کرد. پس از اشغال نظامی مصر از سوی ناپلئون، حکومتی به ریاست محمد علی پاشا در مصر تشکیل شد.

این حکومت سرآغاز پیاده کردن اندیشه‌های سکولاریسم در جهان عرب به حساب می‌آید. بیشتر فرمان‌های وی از جمله قانون احوال شخصیه و قانون‌های مدنی مطابق قوانین سکولار غربی صادر می‌شد. کشورهای دیگر عربی مانند عراق، سوریه و لیبی نیز از مصر متأثر شدند. شکست حکومت عثمانی در جنگ جهانی اول و تزلزل پایه‌های آن، نیز فرصت مناسبی برای هجوم فرهنگ سکولار به بلاد اسلامی بود.

علاوه بر این، مبلغان مسیحی با ایجاد مراکز خیریه و تعلیم و تربیت، نقش مهمی را در اشاعه اندیشه سکولاریسم ایفا نمودند. ادیان ساختگی، اقلیت‌های مذهبی و تشکیل احزاب، انجمن‌ها (از جمله فرماسونری) از دیگر راه‌های نفوذ فرهنگ غرب می‌باشند. در کشورهای عربی، اقلیت‌های مسیحی از پیشگامان پذیرش و تبلیغ سکولاریسم به شمار می‌روند.

۲- جریان روشنفکری غربزده و دگراندیشی: این جریان عمدتاً از سوی تحصیل‌کرده‌های غرب آغاز شد که سعی در تطبیق همان جریان جدایی دین از سیاست در فضای غرب بر حوزه اسلام داشتند. مصطفی کمال در ترکیه، علی عبدالرزاق در مصر و میرزا ملکم خان ناظم‌الدوله و میرزا فتح علی آخوندزاده در ایران از چهره‌های شاخص این جریان هستند.^{۲۸۹}

۲) نوع دوم نظام‌ها، نظام‌هایی کاملاً ضد دینی اند. غالب ممالک کمیونیستی از این گونه اند.

۳) نوع سوم نظام‌ها، نظام‌هایی کاملاً دینی اند مانند عربستانی سعودی. در این گونه نظام‌ها تفکر رایج این است که دین سه رابطه را تنظیم می‌نماید: نخست رابطه انسان را به خداوند ﷻ دوم رابطه انسان را به خودش و سوم رابطه انسان‌ها را به سایر انسان‌ها و اجتماع. از همین رو، شریعت را به سه شاخه بزرگ تقسیم می‌نمایند: عقاید، اخلاق و فقه. به عبارت دیگر: دانشمندان اسلامی بر این نظر اند که دین علاوه بر تنظیم رابطه معنوی و اخلاقی انسان با خداوند ﷻ در حوزه‌های سیاست، حکومت، اقتصاد، حقوق، مدیریت و ... برنامه و احکام دارد.

۴) نوع چهارم نظام‌ها، نظام‌هایی اند که دین از سیاست در آن‌ها جدا نیست، مانند جمهوری اسلامی ایران، مصر، پاکستان و امثال اینها. افغانستان نیز در دوره جمهوری از نوع نظام‌هایی چهارم بود. ماده ۱ ق. ۱ در این باره می‌گفت: «افغانستان، دولت جمهوری اسلامی، مستقل، واحد و غیرقابل تجزیه می‌باشد.» از نص این ماده ق. ۱ به خوبی فهمیده می‌شود که نظام حقوقی افغانستان نظام جمهوری بود. در مفهوم وسیع کلمه منظور از نظام جمهوری، نظامی است که ریاست جمهوری در آن مؤروثی نیست.

به عبارت دیگر: نظام جمهوری ضد نظام شاهی است که در آن رئیس جمهور توسط مردم انتخاب می شود. رژیم جمهوری یا ریاستی و یا پارلمانی است. در رژیم ریاستی، رئیس جمهور عضو قوه مقننه نیست و قوه مقننه می تواند رئیس جمهور را به علت خطاهایش که در قانون اساسی پیش بینی شده است، محاکمه کند. در نظام پارلمانی، سمت ریاست جمهوری تشریفاتی است.^{۲۹۰}

پسوند اسلامی در کنار جمهوری به این معنی است که دولت افغانستان دولت سکورال نیست. به عبارت دیگر: در افغانستان دین از سیاست جدا نیست. نظام جمهوری اسلامی نظامی است که رئیس جمهور از طریق انتخابات مستقیماً انتخاب می شود و در عین حال احکام دین در مملکت تطبیق می شود.

با روی کار آمدن دوباره طالبان در سال ۱۴۰۰ طالبان دوباره مدل امارت اسلامی را احیا کردند. در اسلام، پیامبر ﷺ در مدینه منوره اولین دولت اسلامی را با عناصر سرزمین، جمعیت و حاکمیت تأسیس کرد. در این دوره همه اهالی مدینه و حتی مسلمانی که در مکه زندگی می کردند امت اسلامی تلقی می شدند. قوانین در این دوره قرآن و حدیث بود. پیامبر ﷺ هم قانونگذار بود، هم قاضی و هم حاکم. بنابراین، در این دوره قانونگذاری، قضاوت و حکومت همه مربوط پیامبر ﷺ بود.

قانونگذاری در این دوره از طریق قرآن و حدیث صورت می گیرد. در این دوره تفکیک قوا در مفهوم مدرنی که ما می دانیم وجود نداشت. اما، به نظر می رسد پیامبر ﷺ مدل خاص از حکومتداری ارائه نکرد. زمانی که پیامبر ﷺ وفات کرد مدل های مختلفی از نظام سیاسی و دولت در ممالک اسلامی ظهور کرد مانند خلافت، امارت، امپراتوری اسلامی، پادشاهی موروثی و نظیر اینها. البته خلافت و امپراطوری های اسلامی نیز به نحوی از انحاء موروثی بودند. مدل خلافت در دوره ابوبکر صدیق رضی الله عنه ایجاد شد زیرا بعد از وفات پیامبر ﷺ مهاجرین و انصار حضرت ابوبکر رضی الله عنه را به عنوان خلیفه پیامبر رضی الله عنه تعیین کردند. خلافت به معنی جانشینی و خلیفه به معنی جانشین است.

بعد از وفات حضرت ابوبکر رضی الله عنه اصحاب کرام اصطلاح امیرالمؤمنین را در دوره حضرت عمر رضی الله عنه استعمال نمودند چون نمی توانستند اصطلاح خلیفه را استعمال نماید. مدل دوم نظام اسلامی در این مرحله ابداع شد. به نظر می رسد خلافت و امارت از نظر محتوی هیچ فرقی ندارد. این فرق اسمی است.

سلسله خلافت بعد به حضرت عثمان رضی الله عنه، حضرت علی رضی الله عنه، اموی ها و عباسی رسید. البته، نقل و انتقال خلافت به شکل خاندانی بعد از دوره حضرت علی رضی الله عنه بود. در این دوره ها شریعت و فقه اسلامی قوانین خلافت اسلامی، همه مسلمان امت اسلامی تلقی می شد. بعد از فتح هر مملکت توسط مسلمان ها، خلیفه در آن مملکت یک امیر تعیین می کرد. میان ممالک اسلامی مرز وجود نداشت.

بعد از سقوط خلافت عباسی ها در اثر تهاجم بیزانس ها از روم و مغل ها از مغلستان، ممالک اسلامی هر کدام دولت را با الگو برداری از اسلام و مدل های غربی ایجاد کردند. برخی امارت اسلامی ایجاد کردند. برخی نظام های شاهی ایجاد کردند. بعد از این مرحله امپراطوری اسلامی توسط عثمانی های ایجاد شد و بعد از سقوط امپراطوری عثمانی ها دوباره ممالک اسلامی مدل های مختلف نظام سیاسی را با الگو برداری از اسلام و غرب ایجاد کردند.

برخی جمهوری، برخی جمهوری اسلامی، برخی امارات، برخی نظام شاهی ایجاد کردند. برخی نیز نظام اسلامی را با نظام جمهوری تلفیق نمود و جمهوری اسلامی به وجود آوردند مانند جمهوری اسلامی ایران. در ق. ۱۳۸۲ با الگو برداری از جمهوری اسلامی ایران، نظام جمهوری اسلامی برگزیده شد. طالبان در دوره اول امارت اسلامی تشکیل دادند. با روی کار آمدن طالبان در سال ۱۴۰۰، طالبان در دوره دوم نیز امارت اسلامی تشکیل دادند.

مبحث دوم) دین رسمی دولت افغانستان

در خصوص دین رسمی دولت افغانستان ماده ۲ ق. ۱ می گفت: «دین دولت جمهوری اسلامی افغانستان، دین مقدس اسلام است [...]». ^{۲۹۱} طبق نص این ماده دین دولت افغانستان دین اسلام است. دین یکی از نیاز های معنوی اشخاص حقیقی (انسان ها) است. پرسش این است که دولت که شخص حکمی عامه است چگونه می تواند دین داشته باشد و چه نیازی به دین دارد؟ این سؤال ذهن وکلا در لویه جرگه تصویب قانون اساسی را نیز مشغول کرده بود، زیرا مسأله دوم که راجع به دین تصمیم می گرفتند این بود که ماده ۲ ق. ۱ ناظر بر دین رسمی دولت جمهوری اسلامی افغانستان یا دین مردم و یا هر دو است. در این زمینه میان وکلاء اختلاف نظر وجود داشت و راه حل های مختلف ارایه شد، مانند دین مردم و دولت افغانستان، دین اکثریت مردم افغانستان، دین رسمی مردم افغانستان، دین ملت و دولت جمهوری اسلامی افغانستان، دین مردم افغانستان، دین مردم و دولت جمهوری اسلامی افغانستان.

زمانی که این ماده در کمیته تفاهم با نظریات و نتایج آرای کمیته های ده گانه مطرح گردید، در آنجا نیز همین اختلاف پیش آمد که کدام یکی از این نظریات پذیرفته شود. استاد سیاف این تعدیل را پیشنهاد که دولت سه جزء [سه عنصر شاکله] دارد: خاک، حکومت و مردم. همین که دین دولت باشد، دین هر سه خواهد بود یعنی افغانستان، دولت و مردم را شامل می شود. سر انجم، این پیشنهاد پذیرفته شد و اختلاف حل شد. ^{۲۹۲}

مبحث سوم) جایگاه مذاهب در نظام حقوقی افغانستان

۲۹۱. ____ (____). فرایند شکل گیری قانون اساسی (۴) موضعگیری ها، چالشها و تفاهمات در لویه جرگه، جلد (۴)، کابل: انتشارات کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، صص ۱۹ و ۲۰.
۲۹۲. همان، ____، جلد (۴)، صص ۱۹ و ۲۰.

در اکثر قوانین اساسی گذشته افغانستان مذهب حنفی به عنوان مذهب رسمی پذیرفته شده بود.^{۲۹۳} اما، نویسندگان ق. ا جدید افغانستان در این زمینه نگاه دموکراتیک تر و کثرت گرای مذهبی تر داشته اند. در این زمینه نویسندگان ق. ا بر این نظر بوده اند که:

«در کشور ما دو مذهب حنفی و جعفری بر علاوه فرقه های اسماعیلیه وجود دارد و مردم ما از این مذاهب پیروی می کنند. در قوانین اساسی گذشته افغانستان نسبت به این موضوع، برخورد های متفاوت صورت گرفته است. بنابراین، در کمیسیون تسوید تصمیم گرفته شد که روی اسلام و رعایت اساسات دین تکیه و تأکید روشن صورت بگیرد زیرا به طور طبیعی وقتی اساسات دین در این کشور، رسمی و مورد احترام باشد، همه مذاهب اسلامی کشور هم پا برجا و مورد احترام خواهند بود. لذا، هیچ مذهبی به عنوان مذهب رسمی ذکر نشود تا پیروان مذاهب دیگر خود را غیر رسمی و خارج از حیز قانون و نظام حقوقی کشور احساس نکنند.

همچنین، بر این نکته تأکید شود سیستم حقوقی کشور سیستم واحد است و در همه جا یک قانون حاکم است که قانون اساسی و قوانین دولت می باشند تا از تعدد نظام حقوقی و قضایی اجتناب شود و در سراسر کشور یک نظام حاکم باشد. همچنین، بر اساس حقوق بشری افراد و رعایت اصول عدالت، به پیروان هر دو مذهب اجازه داده شود که در زمینه مناسک و مراسم مذهبی، تعلیمات دینی و احوال شخصی، مطابق به احکام مذهب خود عمل نمایند.»^{۲۹۴}

در نتیجه نویسندگان ق. ا جدید افغانستان در ق. ا از مذهب خاصی نام نبردند. لذا، ماده سوم ق. ا تنظیم کننده رابطه شریعت با قوانین وضعی به صورت عام است و ناظر به فقه مذهب خاص و یا احکام اعتقادی مذهب خاصی نیست. به عبارت دیگر: در فقه مذاهب مختلف مانند: حنفی، شافعی، حنبلی، مالکی، جعفری، ظاهری و ... وجود دارد و در ساحة اعتقادات نیز مذاهب مختلف مانند: اشاعره، معتزله، امامیه و برخی مذاهب فرعی دیگر وجود دارند.

البته، تمام این مذاهب در اساسات دین کاملاً با هم متفق هستند. اما، در مسایل متعدد فرعی با هم اختلاف دارند. بنابراین، اگر قانونی به طور مثال مخالف معتقدات و احکام تنها مذهب حنبلی یا مالکی یا زیدی یا حنفی باشد، آیا این قانون مخالف «معتقدات و احکام اسلام» است؟ در مورد جواب این سؤال آقای سرور دانش در کتاب حقوق اساسی می نویسد که:

«بدون شک ظاهر ماده سوم ق. ا مطلق است، یعنی: اسلام به مذهب کلامی و یا فقهی خاصی مقید نشده است. بنابراین، نباید آن را تفسیر محدود (مضیق) کنیم، بلکه باید «معتقدات و احکام اسلام» را تفسیر وسیع کنیم تا شامل تمام مذاهب کلامی و فقهی اسلامی شود. به این توضیح که: آن قانون یا

۲۹۳. ____ (حوت ۱۳۸۲). قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح، جلد (۱)، کابل: دارالانشای قانون اساسی، صص ۲۴۶ و ۲۴۷.

۲۹۴. به حیث مثال، نک: ماده ۲ نظامنامه اساسی دولت علیه افغانستان، ماده ۱ اصول اساسی دولت علیه افغانستان.

قوانینی که مخالف اسلام تلقی می شود، مخالف تمام مذاهب و مکتب های اسلامی باشد؛ و به طور طبیعی این نوع مخالفت یعنی «مخالفت با تمام مذاهب» در صورتی امکان عملی خواهد یافت که «معتقدات و احکام» را به معنی «اساسات اسلام» یا آنچه «تمام مذاهب در آن مشترک هستند» تفسیر کنیم.

در این مورد می توان گفت که: تعبیر قوانین اساسی گذشته افغانستان که «اساسات دین اسلام» را ملاک قرار داده بودند، بسیار بهتر از تعبیر «معتقدات و احکام» است که در قانون اساسی فعلی آمده است. زیرا، اساسات همان، اصول بنیادی مورد اتفاق همه فقهای اسلامی است. نتیجه تفسیر بالا این می شود که: اگر احکام یک قانون با یکی از مذاهب اسلامی مطابقت داشته باشد، تصویب و عمل به آن از نظر ماده سوم مانعی ندارد. زیرا، در این حالت، مخالف معتقدات و احکام اسلام نیست، هرچند ممکن است مخالف احکام یک یا چند مذهب فقهی دیگر باشد. این دقیقاً موافق همین روشی است که در بعضی از قوانین مدنی و جزایی مطابق فتوای یکی دیگر از مذاهب فقهی عمل شده است.

همچنین، این نوع تفسیر با فلسفه اصلی «اجتهاد» و تعدد فتوا و مذاهب در اسلام سازگارتر است. زیرا، اختلاف فقهاء یا مذاهب اسلامی با توجه به همین نگرش، «رحمت» تلقی شده است. اجتهاد برای این است که هرکس به اندازه استعداد و توان فکر خود، احکام را از منابع اصلی آن؛ یعنی: قرآن و سنت، استنباط کند که به طور طبیعی به اختلاف نظر و تفاوت در آراء منتهی خواهد شد. اما، همه این آراء و نظریات چهارچوب وسیعی است که مردم می توانند مطابق هر کدام از آنها، که برای آنها آسان تر و به عدالت و انصاف نزدیک تر باشد، عمل کنند، چون همه این آراء و مذاهب داخل در حدود شریعت هستند.»^{۲۹۵}

حال که موقف ماده ۳ ق. ۱ در رابطه به مذهب روشن شد، مسأله اساسی رابطه ماده ۳ با ماده ۱۳۰ و ۱۳۱ ق. ۱ است. پرسش این است که آیا ماده ۳ توسط ماده های ۱۳۰ و ۱۳۱ تخصیص نخورده اند؟ در پاسخ به این پرسش به نظر می رسد ماده ۳ ق. ۱ توسط ماده های ۱۳۰ و ۱۳۱ ق. ۱ تخصیص نخورده اند. به عبارت دیگر: به نظر می رسد نویسندگان ق. ۱ ماده ۳ ق. ۱ را توسط ماده های ۱۳۰ و ۱۳۱ تخصیص نزده اند. زیرا، طبق ماده ۱۳۰ ق. ۱ در صورت مسکوت بودن قوانین، قضات مکلف اند، در صورت رجوع به فقه، به مذهب حنفی مراجعه و دعاوی مطروحه را مطابق فقه حنفی حل و فصل نمایند.

ماده ۱۳۰ ق. ۱ در این زمینه حکم می نمود «محاکم در قضایی مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می کنند. هرگاه برای قضیه ای 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 نماید که عدالت را به بهترین وجه تامین

نماید...». در کمیسیون تسوید ق. ۱ در باره این ماده به ویژه در مورد مراجعه به فقه حنفی بحث های مفصل به شرح ذیل صورت گرفت:

«مهدوی: بعد از عبارت «فقه حنفی» عبارت، فقه جعفری نیز اضافه گردد. در غیر آن، دموکراسی خدشه دار شده و وحدت ملی صدمه می بیند و یک بخش از پیکر جامعه افغانی معدوم خواهد گردید. معراج الدین: اگر با ذکر عبارت «فقه جعفری» متن ماده خدشه دار می گردد، پیشنهاد می نمایم که در اخیر ماده (۱۳۱) به حیث فقره جدا درج گردد. کمالی: به تأیید پیشنهاد معراج الدین، چون پیشنهاد شان ساحوی است، بهتر است در اخیر ماده (۱۳۱) درج گردد. رسولی: قبلاً در قوانین گذشته چنین حکمی موجود بود. اهل مذهب فقه جعفری هموطن و اهل قبله اند و حق دارند مسایل مربوط به آن براساس احکام مذهب جعفری حل و فصل شود.

صدیقه بلخی: در قانون احکام فقه حنفی برای پیروان مذهب حنفی و احکام فقه جعفری برای پیروان مذهب جعفری پیش بینی می گردد. مذهب شیعه یک مذهب وارداتی نیست و نباید در مورد به قانون اساسی ۱۳۴۳ اتکا نماییم. هر دو مذهب ساختار و هسته گذاری کشور را تشکیل می دهد که در طول هزار سال وجود داشته است.

در گذشته موضوع قدرت مطرح بود و امروز ما از عدالت، حقوق بشر و وحدت ملی صحبت می کنیم مبادا که این امر در بیرون انعکاس یابد. هاشمی: تفکیک این مسأله از جمله مسایل مهم است و بکوشیم تا تخریش را کم سازیم. اگر ذکر یک کلمه مشکل اجتماعی را حل کند بسیار خوب است که در قانون اساسی درج گردد باوجودی که مشکلات قضایی را به بار خواهد آورد، اما طرفدار هستم که در اخیر ماده ۱۳۱ ذکر شود.

احمدی: [...] اگر مشکل در احوال شخصیه حل نشده باشد باید در یکی از مواد از فقه جعفری یاد آوری شود. عظیمی: اصلاً نظر اول این بود که در قانون مذهب ذکر شود و در اثر ملاقات ها و نظریات نهادهای مختلف به این نتیجه رسیدیم تا هیچ مذهب ذکر نشود. باید به این مسأله پایان بدهیم و به نظر من ماده ۱۳۰ به حال خود باقی بماند و در ماده ۱۳۱ موضوع فقه جعفری درج گردد...». در نتیجه این بحث ها، متن ماده ۱۳۰ به اتفاق آراء بدون تعدیل مورد تأیید قرار گرفت و متن ماده ۱۳۱ در ق. ۱ اضافه گردید...»^{۲۹۶}

در هر حال، از نص ماده ۱۳۰ به خوبی بر می آید که مذهب حنفی مذهب رسمی دولت افغانستان نیست، اما در صورت مسکوت بودن قوانین قضات می توانند به جز در مسایل جزایی به فقه حنفی مراجعه و قضیه را حل و فصل نمایند.

علاوه بر مذهب حنفی، مذهبی دیگری که قضات می توانستند به آن مراجعه و دعاوی مطروحهٔ پیروان اهل تشیع را حل و فصل نمایند، مذهب شیعه است (مادهٔ ۱۳۱ ق. ۱) که بحث هر دو در مبحث بعدی خواهد آمد.

مبحث چهارم) جایگاه فقه به عنوان منبع حقوق در نظام حقوقی افغانستان

در خصوص جایگاه فقه به عنوان یکی از منابع مهم نظام حقوقی افغانستان در قوانین افغانستان احکام متعدد وجود دارد مانند مادهٔ ۱۳۰ و ۱۳۱ ق. ۱، مادهٔ ۱ ق. ۱، مادهٔ ۲ فقرهٔ ۴ قانون احوال شخصیه اهل تشیع و مادهٔ ۲ کُد جزا.

۱) طبق مادهٔ ۱۳۰ ق. ۱: «محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می کنند. هرگاه برای قضیه ای 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 نماید که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید.» از نص مادهٔ ۱۳۰ ق. ۱ چهار حکم استنباط می گردد:

۱) محاکم در قضایی مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می کنند. محاکم جمع محکمه است. محاکم در نص این ماده مطلق و عام است شامل محاکم ابتدائیه، استیناف و ستره محکمه می شود. قضایا جمع قضیه است. قضیه به امر متنازع فیه گفته می شود. به عبارت دیگر: قضیه عبارت از موضوع مورد اختلافی است که آن را به قاضی برده باشند.^{۲۹۷} مادهٔ ۳ جزء ۱۵ قانون تشکیلات و صلاحیت قوهٔ قضائیه در تعریف قضیه می گوید: «قضیه: واقعهٔ است که به وسیلهٔ طرفین دعوی در موارد جزائی، مدنی، حقوق عامه، احوال شخصیه و تجارته به محکمه احاله می گردد و مورد انفصال قضائی قرار می گیرد.»

به حیث مثال، اگر یک قضیه راجع به ارث، ازدواج، طلاق، دعوی اداری، دعوی مالیاتی، دعوی جزایی، دعوی شفعه، عقد، ملکیت، کار، تأمین اجتماعی میان فرد و فرد و فرد دولت در محکمه اقامه شود، محاکم اعم از ابتدائیه، استیناف و ستره محکمه مکلف بودند احکام قانون اساسی و سپس سایر قوانین را تطبیق نمایند. به نظر می رسد سایر قوانین در نص این ماده در مفهوم عام استفاده شده است و شامل قوانین عادی، فرامین تقنینی، مقررات، لوایح و طرزالعمل ها می گردد.

۲) هرگاه برای قضیه ای از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نمی بود، 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 نماید که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید. به حیث مثال، در خصوص لقطه، تفریق به سبب ظهار و ایلاء در قوانین افغانستان حکم وجود نداشت. هرگاه قضیه در

خصوص تملک مال لقطه در یکی از محاکم افغانستان اقامه می شد، محاکم با توجه این که در این خصوص قانون خاص وجود ندارد، احکام فقه حنفی را تطبیق می نمودند.

قانونگذار اساسی در نص این ماده از محاکم سخن می گوید. بنابراین، به نظر می رسد نص این ماده را نباید در قضایای جزایی تسری داد و نتیجه گرفت که در قضایای جزایی نیز در مواردی که حکم در قانون نباشد، محاکم به فقه حنفی مراجعه نمایند، زیرا فقه حنفی طبق ماده ۹۴ ق. قانون نیست. در صورت تطبیق فقه حنفی در قضایای جزایی، اصل قانونیت جرایم و مجازات ها نقض می شود. توجیه این نظر این است که قضایای مدنی از ریاست حقوقی و محاکم ابتدائیه یا مستقیماً از محاکم ابتدائیه شروع می شوند. اما، قضایای جزایی معمولاً با گرفتاری مظنون توسط پولیس شروع، تحقیق توسط خرنوال و سپس حکم محکمه و تنفیذ حکم محکمه خاتمه پیدا می نماید.

۳) محاکم مکلف اند احکام فقه حنفی را در حدود احکام قانون اساسی تطبیق نمایند. در خصوص این حدود قانونگذار اساسی سکوت اختیار نموده است که محل ایراد به نظر می رسد. بنابراین، روشن نیست حدود احکام قانون اساسی کدام حدود است.

۴) 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 نماید که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید. شرط دوم تطبیق احکام فقه حنفی این است که تطبیق احکام فقه حنفی موجب تأمین عدالت شود. بنابراین، اگر احیاناً حکمی در فقه حنفی موجب تأمین عدالت نشود، محاکم مکلف نیست آن را تطبیق نمایند.

به حیث مثال، تفریق به سبب مفقود بودن زوج که براساس فقه حنفی زوجه باید مدت زیادی را انتظار بکشد. فقهای حنفیه بر این نظر اند که ملاک در صدور فوت فرضی سپری شدن مدت زمانی است که عادتاً چنان شخص در چنان مدتی زنده نماند و این مدت را نیز به عرف واگذار کرده اند و حتی برخی ملاک را در طول عمر اقران (هم سن و سال) شخص مفقود دانسته اند.

به صورت مشخص تر، امام ابوحنیفه رحمته الله علیه این مدت را ۱۱۰ سال، امام ابو یوسف رحمته الله علیه این مدت را ۱۰۰ سال و برخی از فقهای حنفیه نیز ۸۰ سال تعیین نموده اند. ولی، امام مالک رحمته الله علیه این مدت را ۴ سال تعیین نموده است.^{۲۹۸}

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که طبق نص ماده ۱۳۰ ق. ۱ محاکم در قضایای مورد رسیدگی احکام قانون اساسی و سایر قوانین را باید تطبیق نمایند. قضایا در نص این ماده مطلق استعمال شده است. بنابراین، اگر نص این ماده را تفسیر وسیع نماییم شامل تمام قضایا اعم از مدنی، تجارتی، جزایی و ... می شود. اما، اگر نص این ماده را تفسیر محدود نماییم شامل تمام قضایا به جز

۲۹۸. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۸۷۳؛ اسعد محمد سعید الصاغرچی (___). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، صص ۱۳۶ و ۱۳۷؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۱۸.

قضایای جزایی به دلیل اصل قانونیت جرایم و مجازات‌ها که در ماده ۲۷ ق. ا پیش بینی شده است و بحث آن خواهد آمد می‌شود.

بنابراین، در صورت تفسیر محدود، قضایا شامل قضایای جزایی نمی‌شود. در صورت عدم موجودیت حکم قانونی، محاکم مکلف بودند قضایا را مطابق احکام فقه حنفی حل و فصل نمایند. برای تطبیق احکام فقه حنفی دو قید در نص ماده ۱۳۰ ق. ا پیش بینی شده بود. قید اول در حدود احکام قانون اساسی است که مبهم است، زیرا به نظر می‌رسد نمی‌توان از احکام ق. ا حدود تطبیق احکام فقه حنفی را استنباط نمود. دوم این که تطبیق احکام فقه حنفی منجر به تأمین عدالت به بهترین وجه می‌گردید.

همچنین، در صورتی که ماده ۱۳۰ و ۱۳۱ ق. ا را جمع و ق. ا را تفسیر منطقی - ساختاری نمایم، این نتیجه به دست می‌آید که ماده ۱۳۰ ق. ا صرف بر پیروان مذهب حنفی قابل تطبیق بود. به نظر می‌رسد ذکر محکمه از باب تمثیل است نه تحدید. بنابراین، نه تنها محاکم بلکه وکلای مدافع، خانونالان و سایر اشخاصی که در حوزه‌های عدلی و قضایی ایفای وظیفه می‌نمودند نص این حکم را باید رعایت می‌کردند.

به نظر می‌رسد تطبیق فقه حنفی در ماده ۱۳۰ دلایل فراوان داشت: اولین و مهم‌ترین آن حنفی مذهب بودن اکثریت مردم افغانستان است؛ دومین دلیل آن ایجاد سهولت برای قضات جهت حل و فصل دعاوی است. زیرا، در صورتی که قضات بتوانند به همه مذاهب مراجعه نمایند، این امر موجب ایجاد دو مشکل فرعی دیگر می‌شود: اول عدم التزام پذیری به فقه سه مذهب اهل سنت توسط پیروان فقه حنفی و دوم ایجاد مشکل برای قاضی جهت مراجعه و مطالعه نظریات فقهی و در نتیجه طولانی شدن حل و فصل دعوی. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم ترجیح قوانین بر فقه، به رسمیت شناختن قانون اساسی و سایر قوانین و فقه به عنوان دو منبع مهم حقوق افغانستان و سلسله مراتب این منابع و پیش بینی شرایط احکام فقه حنفی بوده است.

۲) وفق ماده ۱ فقره دوم ق. م: «(۲) در مواردی که حکم قانون موجود نباشد، محکمه مطابق به اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام حکم صادر می‌نماید که عدالت را به بهترین وجه ممکن آن تأمین نماید.» طبق نص این ماده در صورتی که حکم قانون موجود نباشد، قاضی در قضایای مدنی مکلف به صدور حکم مطابق اساسات کلی فقه حنفی است مانند تملک لقطه، لعان،ظهار، ایلاء و نظیر اینها. مفهوم مخالف نص این ماده این است که در صورت وجود حکم قانون قاضی نباید به فقه مراجعه نماید بلکه اول باید حکم قانون را تطبیق نماید. پرسش این است که منظور از اساسات کلی فقه حنفی در ماده ۱ فقره دوم ق. م چیست؟

در پاسخ به این پرسش برخی با توجه به مفهوم لغوی اساسات که جمع اساس است و در لغت به معنی بنیاد، پایه، اصل و شالوده^{۲۹۹} است، بر این نظر اند که: عبارت «اساسات کلی فقه حنفی» به معنی اصول فقه است. این نظر ناقص به نظر می رسد. زیرا، اصول فقه مرکب از دو کلمه است: اصول و فقه. اصول جمع اصل است و اصل به معنای هر چیزی است که بتوان چیز را بر آن مبتنی ساخت یا دیگر چیزها به آن نیاز داشته باشد.

همچنین، اصل در لغت به معنی بیخ، ریشه، علت، سبب، پدر، تبار، سرچشمه و اساس است.^{۳۰۰} فقه در لغت به معنی فهمیدن است و در اصطلاح فقه به نظر امام ابو حنیفه رحمته: عبارت است از معرفت انسان تمام حقوق و تکالیف خویش را.^{۳۰۱} و به نظر امام شافعی رحمته: فقه عبارت از: علم به احکام شرعی عملی است که از ادله تفصیله گرفته شده است.^{۳۰۲} و ^{۳۰۳} اما، اصول فقه عبارت از: قواعدی است که با آنها احکام شرعی از دلیل های تفصیلی آنها گرفته می شود.

پس، اصول فقه فن استنباط احکام از ادله تفصیلیه است. در صورت مسکوت بودن قوانین قضات باید مطابق ق. م «اساسات کلی فقه حنفی» را جهت حل و فصل دعاوی مدنی تطبیق نمایند، نه «اصول فقه» را که مربوط به فن قواعد استنباط احکام از ادله تفصیلیه می گردد. برخی دیگر بر این نظر اند که: منظور از «اساسات کلی فقه حنفی» «قواعد کلیه فقهی» است، مانند: قاعده لاضرر ولا ضرر و امثال آن که اکثر این قواعد در مجله الاحکام و برخی نیز در ق. م پیش بینی گردیده است.

این نظر نیز محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، حقوق مدنی شامل مسایل بی نهایت وسیع و مغلق مانند: تطبیق قانون از حیث زمان و مکان، اهلیت، اشخاص، فامیل، اموال، تعهدات، ارث و غیره می شود و مراجعه قاضی به قواعد کلیه فقهی در صورت مسکوت بودن قوانین نمی تواند مشکل را به تنهایی حل نماید. بنابراین، قواعد کلیه فقهی جوابگوی همه نیازمندی ها جهت حل و فصل دعاوی مدنی نیست.

برخی دیگر بر این نظر اند که منظور از اساسات کلی فقه حنفی قرآن، حدیث، اجماع و قیاس است. این نظر نیز محل ایراد به نظر می رسد زیرا به قرآن، حدیث، اجماع و قیاس منابع تشریح و یا ادله احکام می گویند نه اساسات. تا آنجا که مؤلف تحقیق نموده است عبارت «اساسات کلی فقه حنفی» وجود

(آخرین بازدید ۳/۱۶/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 299.

۳۰۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۳۱۲-۳۱۶؛ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۱)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، ص ۴۲۱.

۳۰۱. «معرفة النفس ما لها و ما علیها».

۳۰۲. «العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصیلیة».

۳۰۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۱۹-۲۳؛ و عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۹-۱۱؛ عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۱)، پاکستان: مکتب حقانیه، صص ۹؛ داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، صص ۵۴-۵۷.

ندارد و به نظر می‌رسد که این اصطلاح غیر متداول ابداع نویسندگان ق. م است اما اساسات دین وجود دارد.

بسیاری از علمای عقیده و کلام بر این نظر اند که به اساسات دین اصول دین نیز می‌گویند. اصول دین، اصطلاح کلامی است و بر مجموعه‌ای از باورهای اطلاق می‌شود که اساس دین را تشکیل می‌دهد. اعتقادات دین دو دسته است:

۱) بخش عقیده‌ای و نظری که اساس و بنیاد دین است.

۲) احکام عملی که برآمده از عقاید است.

معمولاً بخش اعتقادی را اصول دین و احکام عملی را فروع دین می‌گویند. بنابراین، اصول مربوط به اعتقادات و فروع مربوط به احکام است. در مذهب اهل سنت توحید، نبوت و معاد و در مذهب اهل تشیع علاوه بر این سه امامت و عدل از اصول دین اند.^{۳۰۴} با توجه به این که در مذهب حنفی تا آنجا که مؤلف تحقیق کرده است مقاله یا رساله یا اثری زیر عنوان اساسات کلی فقه حنفی وجود ندارد، به نظر می‌رسد اساسات فقه حنفی همان اساسات دین است.

با پذیرش این فرضیه، این نتیجه به دست می‌آید که اساسات دین در عین حال اساسات کلی فقه حنفی نیز است. در این صورت و با پذیرش این فرضیه، این نتیجه به دست می‌آید که در صورت سکوت قوانین اساسات دین که عبارت از معاد، توحید و نبوت است در حل و فصل قضایا قابل تطبیق نیست، زیرا معاد، نبوت و توحید احکام نیست.

به نظر می‌رسد منظور از عبارت «اساسات کلی فقه حنفی»، «احکام فقه حنفی» است. این نظر که مبتنی بر تفسیر مبتنی بر عمل (Pragmatism) است موجب رهایی تطبیق‌کننده ق. م را از سرگردانی می‌گردد. زیرا، در عمل قضات در صورت سکوت قوانین به فقه مراجعه می‌کنند. مراجعه قاضی به احکام فقه حنفی نیز منوط بر تأمین عدالت است، زیرا قانونگذار مدنی از «تأمین عدالت به بهترین وجه آن» در این ماده سخن می‌گوید.

به حیث مثال، اگر احمد در محکمه ابتدائیه شهری کابل قاضی باشد و دعوی در خصوص شرایط صحت عقد ازدواج، تفسیر قرارداد، تقسیم ترکه، تقسیم ملکیت و نظیر اینها که در خصوص آنها در ق. م حکم وجود دارد، اقامه شود احمد مکلف است حکم قانون را تطبیق نماید. اما، در صورتی که یک قضیه در خصوص مال لقطه، ایلاء و نظیر اینها وجود داشته باشد که در این موارد ق. م مسکوت است، احمد می‌تواند احکام فقه حنفی را تطبیق نماید.

همچنین، طبق ق. ا. م. م احکام مربوط به تزکیه شهود، نصاب شهادت، شرایط شهادت به فقه و اگذار شده‌اند. بنابراین، در این خصوص قضات می‌توانند به فقه مراجعه نمایند. نص این ماده را باید در ساحه

حقوق مدنی تطبیق نمود و به سایر ساحات، به حیث مثال، جزایی و نظیر آن تسری ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اولویت دادن به قوانین به عنوان اولین منبع حقوق مدنی در رسیدگی به قضایای مدنی است.

۳) طبق ماده ۱۳۱ ق. ا: «محاکم برای اهل تشیع، در قضایای مربوط به احوال شخصیه، احکام مذهب تشیع را مطابق به احکام قانون تطبیق می نمایند. 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 می نمایند.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

نخست این که در صورتی که طرفین دعوی شیعه باشند و دعوی در مورد یکی از مسایل احوال شخصیه مانند ارث، فامیل، اهلیت، اشخاص، وصیت و هبه باشد محاکم مکلف اند احکام مذهب اهل تشیع را تطبیق نمایند تفصیل احوال شخصیه در فصل تقسیمات حقوق خواهد آمد. اعطای چنین حقی برای پیروان اهل تشیع نخستین گام است.

چنانچه گفته شد، در قوانین اساسی قبلی افغانستان این حق به پیروان اهل تشیع به رسمیت شناخته نشده بود. به حیث مثال، اگر علی و فاطمه زن و شوهر باشند و فاطمه ادعای مهر یا فسخ عقد ازدواج را در محکمه ذیصلاح نماید، محکمه مکلف است احکام مذهب اهل تشیع را مطابق احکام قانون بر این دعوی تطبیق نماید. تطبیق احکام مذهب اهل تشیع مستلزم این است که قاضی یا پیرو مذهب اهل تشیع باشد یا اگر پیرو مذهب حنفی باشد، احکام مذهب اهل تشیع در خصوص احوال شخصیه را بداند.

دوم این که در سایر دعاوی نیز اگر در این قانون اساسی و قوانین دیگر حکمی موجود نباشد، محاکم مکلف اند قضیه را مطابق به احکام مذهب اهل تشیع حل و فصل می نمایند. قانونگذار اساسی در نص این ماده از سایر دعاوی سخن می گوید. سایر دعاوی هر دعوی ای ماسوای دعوی مربوط به احوال شخصیه است مانند، اموال، عقود، حدود، قصاص، دیات، تجارت و نظیر اینها. بنابراین، در صورت سایر دعاوی دو حالت فرعی متصور است:

یک: در خصوص سایر دعاوی مانند اموال، تجارت، جزا و نظیر اینها اگر قانون اساسی و سایر قوانین حکم داشته باشد، قضات مکلف اند حکم قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق نمایند.

دو: اگر در قانون اساسی و سائر قوانین حکم وجود نداشته باشد، قضات نباید احکام فقه حنفی را بر پیروان اهل تشیع تطبیق نمایند، بلکه باید احکام فقه اهل تشیع را بر پیروان فقه اهل تشیع تطبیق نمایند. به حیث مثال، اگر میان دو پیرو مذهب اهل تشیع در خصوص لقطه دعوی ایجاد شود و یکی علیه دیگری ادعا نماید، چون در خصوص لقطه قانون خاص در افغانستان وجود ندارد، قاضی محکمه ذیصلاح مکلف است احکام فقه اهل تشیع را در این دعوی تطبیق نماید.

هرچند کُد جزای افغانستان در سال ۱۳۹۶ وضع گردیده است، به نظر می رسد که ماده ۲ آن با نص ماده ۱۳۱ ق. ا در تعارض به نظر می رسد. زیرا، طبق ماده ۲ کُد جزا، کُد جزا جرایم تعزیری را تنظیم می

نماید و جرایم حدود، قصات و دیات مطابق فقه حنفی حل و فصل می شود. اما، مطابق ماده ۱۳۱ ق. ۱ اگر در قضیه ای که طرفین آن پیروان اهل تشیع است قانون اساسی و سایر قوانین مسکوت باشد، قضات مکلف به تطبیق احکام فقه اهل تشیع اند نه حنفی. در خصوص حدود، قصاص و دیات قوانین مدون موجود ندارد.

رجوع به این مذهب نیز مطلق به نظر نمی رسد. بنابراین، اجراء و تطبیق این ماده منوط بر تحقق دو شرط است: اول اینکه قضات صرف می توانند در صورتی که در قوانین موضوعه حکمی موجود نباشد، به فقه اهل تشیع مراجعه نمایند و دعوی مطروحه را مطابق آن حل و فصل نمایند. پس، فقه اهل تشیع یکی از منابع دیگری است که در صورت مسکوت بودن قوانین قضات می توانند در دعاوی پیروان اهل تشیع به آن مراجعه نمایند؛ و ثانیاً این که طرفین دعوی از پیروان مذهب شیعه باشند. باوجوداین، نص این ماده را نیز مانند ماده ۱۳۰ ق. ۱ باید تفسیر محدود (مضیق) نمود و آن را به ساحتی جزاء سرایت نداد. در غیر آن، همان ایرادی که حقوقدانان و فقهاء بر ماده ۱۳۰ وارد می نمایند، بر این ماده نیز وارد خواهد شد.

۴) ماده ۲ فقره ۴ قانون احوال شخصیه اهل تشیع: در صورت عدم موجودیت قوانین در صورتی که طرفین دعوی پیرو مذهب حنفی باشند، قضات مکلف اند احکام فقه حنفی را تطبیق نمایند و در صورت عدم موجودیت قوانین برای پیروان اهل تشیع قضات مکلف اند احکام فقه تشیع را تطبیق نمایند. پرسش این است که اگر یکی از طرفین پیرو مذهب حنفی و دیگری پیرو مذهب تشیع و یا برعکس باشد، تکلیف چیست؟ قضات احکام کدام فقه را تطبیق نمایند. احکام فقه حنفی و یا احکام فقه تشیع؟ در پاسخ به این پرسش ماده ۲ فقره ۴ قانون احوال شخصیه اهل تشیع می گوید: «در حالاتی که مدعی پیرو یک مذهب و مدعی علیه پیرو مذهب دیگر بوده و احکام هر دو مذهب تعارض داشته باشد، محکمه در مورد حق الله مطابق به احکام مذهب مدعی علیه و در موارد حق العبد مطابق مذهب مدعی اصدار حکم می نماید.» طبق نص این ماده دو حالت متصور است:

اول در صورتی که مدعی پیرو یک مذهب و مدعی علیه پیرو مذهب دیگر باشد و احکام فقه هر دو مذاهب تعارض نداشته باشد، قاضی اختیار دارد احکام هر یک از این مذاهب را تطبیق نماید. زیرا، در این فرض تفاوت در احکام مذهب حنفی و تشیع وجود ندارد.

دوم در صورتی که مدعی پیرو یک مذهب و مدعی علیه پیرو مذهب دیگر باشد و احکام فقه هر دو مذهب تعارض داشته باشد، قاضی در حق الله احکام مذهب مدعی علیه و در حق العبد احکام فقه مذهب مدعی را باید تطبیق نماید. تفصیل حق الله و حق العبد در فصل تقسیمات حق خواهد آمد. به حیث مثال، اگر یکی از جرایم حدود، مانند قتل که در آن هم حق الله (نظم اجتماع) و هم حق العبد (دیه/ ارش) وجود دارد، را در نظر بگیریم و در این جرم مدعی علیه حنفی باشد و مدعی شیعه، در حق الله (قصاص) احکام فقه حنفی و در حق العبد (دیه) احکام فقه شیعه تطبیق می گردد.

همچنین، اگر یک شیعه با یک حنفی ازدواج نماید و سپس غرض مطالبه طلاق به محکمه مراجعه نمایند، چون طلاق از مصادیق حق العبد است قاضی باید احکام فقه مدعی را در صورت سکوت قوانین تطبیق نماید.

به نظر می رسد دلیل این حکم این است که در حق الله مدعی علیه مکلف به دادن حق است و بر وی جزا تطبیق می گردد. در حق العبد مدعی معمولاً حق می گیرد و جزا را توسط مراجع عدلی و قضایی بر دیگران تطبیق می نمایند. با توجه به این که هر فرد فکر می کند مذهب او عادلانه و بهتر است، قانونگذار پیش بینی نموده است که مدعی علیه بر اساس مذهب خویش حق دیگران را بدهد و مدعی براساس مذهب خویش از دیگران حق بگیرد.

۵) رابطه ماده ۱۳۰ با ماده ۱ ق. ج و ماده ۲۷ ق. ا: در ساحة حقوق خصوصی و سایر ساحات حقوق بجز از حقوق جزاء در صورت مسکوت بودن قوانین، قضات در حل و فصل دعاوی می توانند بدون هیچ شک و تردیدی به فقه مراجعه و قضیه متنازع فیه را حل و فصل نمایند. اما، این که طبق ماده ۱۳۰ قضات می توانستند در ساحة حقوق جزاء نیز در صورت مسکوت بودن قوانین به فقه مراجعه و قضیه متنازع فیه را حل و فصل نمایند محل بحث است.

در افغانستان میان حقوقدانان و فقهاء در این مورد دو نظریه وجود داشت: برخی حقوقدانان و فقهاء بر این نظر اند که باید ماده ۱۳۰ قانون اساسی را تفسیر موسع (وسیع) نمود و مطابق آن قضایای جزایی را نیز حل و فصل نمود. زیرا:

۱- نص این ماده در ساحة حقوق جزاء نیز سرایت دارد. بنابراین، حکم ماده ۱۳۰ ق. ا محدود و منحصر به ساحة حقوق خصوصی نیست؛

۲- منبع اول حقوق جزاء فقه حنفی است. ماده دوم کُد جزادر این مورد به صراحت حکم می نماید که: «این قانون جرایم و جزاهای تعزیری را تنظیم می نماید. مرتکب جرایم حدود قصاص و دیت مطابق احکام فقه حنفی شریعت اسلام مجازات می گردد.» طبق نص ماده ۱ ق. ج جرایم و جزاها به سه دسته تقسیم شده است: جرایم و جزاهای تعزیری، جرایم و جزاهای حدود و قصاص و دیات.

۱- جرایم تعزیری: تعزیر در لغت به معنی تأدیب است. در اصطلاح شرع تعزیر عبارت از جزا هایی است که مقدار و کیفیت آن در شرع تعیین نگردیده بلکه به ولی امر مسلمین یا قاضی محول گردیده است مانند سود گرفتن، خیانت در امانت و نظیر اینها. قاضی می تواند از بین مجازات های جائز یکی را انتخاب کند که از نصیحت تا اعدام را در بر می گیرد.^{۳۰۵}

۲- جرایم حدود: حدود جمع حد است که در لغت به معنی فاصل و مانع بین دو چیز است. در زبان عرب حد به معنی منع است و در اصطلاح شرع، عقوبات و کیفر ها را حدود می گویند، زیرا اغلب

این حدود، گناهکار را بعد از اجرای آنها از بازگشت مجدد به گناهی که برای آن مجازات شده است، باز می‌دارد و گاهی به خود گناه و معصیت «حد» می‌گویند.

حد شرعاً عقوبت و کیفری است که به جهت حق الله اجرا می‌گردد.^{۳۰۶} به عبارت دیگر: حدود عبارت از جزایی است که از جانب شارع جهت تأمین منافع عامه مقرر گردیده است.^{۳۰۷} بنابراین، تعزیر داخل حدود نیست، زیرا میزان و نوع آن معین نشده است و به رأی و نظر حاکم شرع موکول گردیده است و قصاص نیز از تعریف حدود خارج می‌شود، زیرا قصاص حق بشر است نه حق الله. به طور عموم، جرایم حدود عبارت اند از: سرقت، قطع الطریقی (که به نام های رهزنی، حرابت و محاربه نیز یاد می‌شود)، زنا، بغاوت، قذف، شرب خمر (نوشیدن شراب) و ارتداد.^{۳۰۸}

۳- **قصاص:** قصاص در لغت به معنی پی جویی، کشتن قاتل به مثل، مجازات، عقوبت، سزا، عقاب، جبران و تلافی است. در اصطلاح قصاص عبارت از عقوبتی است که در صورت قتل عمد مشروط بر تحقق شرایط آن بر جانی تطبیق می‌گردد.^{۳۰۹}

۴- **دیات:** دیات جمع دیه است و دیه در لغت به معنی خون بها است.^{۳۱۰} در اصطلاح شرع دیه عبارت تعویض مالی است که به ورثه مقتول توسط قاتل داده می‌شود. اگر قاتل مسلمان باشد، خون بهای مقتول صد شتر، یا دو صد گاه یا یک هزار گوسفند یا یک هزار دینار طلا و یا ده هزار درهم نقره است.^{۳۱۱} دیه جبران خسارت نفس است. اما، در صورتی که جنایت بر عضو بدن وارد شود، جبران خسارت آن ارش است. ارش در لغت به دیه جراح است.^{۳۱۲} ارش عبارت از تعویض مالی است که از طرف جانی به خود مجنی علیه در برابر اعتدا بر اعضای بدن پرداخته می‌شود.^{۳۱۳}

طبق نص این ماده، در عمل قضات حدود، قصاص، دیات و ... را مطابق این ماده تطبیق می‌نمایند. به نظر می‌رسد میان ماده ۲ کُد جزا و ماده ۱۳۰ ق. ا تعارض وجود دارد، زیرا طبق نص ۱۳۰ ق. ا قضات مکلف اند اول قوانین را تطبیق نمایند و در صورت عدم وجود قوانین به فقه حنفی مراجعه نمایند. اما، مطابق ماده ۲ کُد جزا قضات در رسیدگی به جرایم حدود، قصاص و دیت می‌توانند اول به فقه مراجعه نمایند.

به نظر می‌رسد ماده کُد جزا به دلیل تعارض با ماده ۱۳۰ منسوخ ضمنی است، زیرا نخست این که قانون اساسی، قانون برتر است و کُد جزا قانون عادی و در صورت تعارض میان قانون عادی و قانون

۳۰۶. اسعد محمد سعید الصاغرچی (___). الفقه الحنفی و أدلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۳۱۹.

۳۰۷. داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۲۹۱.

۳۰۸. همان، داد محمد نذیر، صص ۲۹۲-۲۹۵.

۳۰۹. همان، داد محمد نذیر، ص ۲۹۵.

310. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۳/۶/۲۰۱۷)

۳۱۱. داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۲۹۵.

312. www.hawzah.net (آخرین بازدید ۳/۶/۲۰۱۷)

۳۱۳. داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۲۵۹.

اساسی قانون عادی از اعتبار ساقط است. اگر این فرض را نیز نپذیریم، ستره محکمه می توانست مطابق ماده ۱۲۱ ق. ۱ مطابقت کُد جزا را با ماده ۱۳۰ ق. ۱ اساسی در اثر تقاضای حکومت یا محاکم بررسی و در صورتی که تشخیص می داد ماده ۲ کُد جزا مخالف ماده ۱۳۰ ق. ۱ است آن را ابطال کند. دوم این که ماده ۱۶۲ ق. ۱ می گفت: «این قانون اساسی از تأریخ تصویب لویه جرگه نافذ و از طرف رییس دولت انتقالی اسلامی افغانستان توشیح و اعلام می گردد. با انفاذ این قانون اساسی، قوانین و فرامین تقنینی مغایر احکام آن ملغی می باشد.»

اما، برخی دیگر حقوقدانان و فقهاء بر این نظر اند که در صورت مسکوت بودن قوانین جزائی قضات نمی توانند به فقه حنفی مراجعه و قضیه متنازع فیه را حل و فصل نمایند. زیرا:

- ۱- نص این ماده محدود به ساحه حقوق خصوصی و سایر ساحات حقوق به جز حقوق جزاء است؛
- ۲- مراجعه قاضی به فقه حنفی در صورت مسکوت بودن قوانین و حل و فصل دعاوی جزایی مخالف اصل قانونیت جرایم و جزاها است که تفصیل آن در مبحث اصول کلی حقوق خواهد آمد، زیرا، فقه طبق ماده ۹۴ ق. ۱ قانون نبود.

در صورتی قضات در مسایل جزایی به فقه مراجعه نمایند، رجوع آن ها باعث نقض ماده ۲۷ ق. ۱ می شود که تصریح می نمود: «هیچ عملی جرم شمرده نمی شود مگر به حکم قانونی که قبل از ارتکاب آن نافذ گردیده باشد. هیچ شخص را نمی توان تعقیب، گرفتار و یا توقیف نمود مگر بر طبق احکام قانون. هیچ شخص را نمی توان مجازات نمود مگر به حکم محکمه باصلاحیت و مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد.»

برای رفع این معضل در برخی ممالک اسلامی، به حیث مثال، جمهوری اسلامی ایران بخش عقوبات فقه را در قانونی زیرعنوان «قانون مجازات اسلامی» مدون ساخته اند. راه حل دیگر تعدیل ماده ۲۷ ق. ۱ در صورت تعدیل ق. ۱ بود.

۳- قانونگذار اساسی در ماده ۱۳۰ ق. ۱ از محاکم سخن می گفت. معمولاً دعاوی مدنی از ریاست حقوق و محکمه شروع می شود. اما، دعاوی جزایی از گرفتاری مظنون توسط پولیس، تحقیق توسط خائرنوال، صدور حکم توسط محکمه و تطبیق حکم توسط حکومت. بنابراین، نص ماده ۱۳۰ ق. ۱ در ساحه مدنی قابل تطبیق بود نه ساحه حقوق جزایی.

مبحث پنجم) عدم وضع قوانین مخالف شرع و رابطه این قوانین با شرع

موضوع عدم وضع قوانین مخالف شریعت چنانچه گفته شد، در ماده ۳ ق. ۱ پیش بینی شده است. این ماده در نظام حقوقی افغانستان بسیار با اهمیت به نظر می رسد، زیرا این ماده مانع ورود قواعد (هنجار) های مخالف شرع در نظام حقوقی می شد. همچنین، این ماده موجب می شد تا قانونگذاران عادی همه قواعد قوانین را پسوند شرعی زنند و صرف به این ماده اکتفا نمایند. ماده ۳ ق. ۱ حکم می نمود: «در افغانستان هیچ قانونی نمی تواند نافذ شود که مخالف احکام و معتقدان دین مقدس اسلام

باشد.». این ماده به گونه های مختلف در افغانستان تفسیر شده است. آقای مشتاقی در رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان در این باره می نویسد که:

«شکل بندی ماده ۳ قانون اساسی افغانستان نسبتاً مبهم بوده و می تواند به صورت وسیع تفسیر شود. این اصطلاحات نه تنها به نحو قابل استدلالی ناظر به شریعت در معنای دقیق آن می باشند، بلکه ناظر به فقه نیز می تواند باشند. 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 می باشد، هیچ نوع برتری و اولویتی به یک مذهب داده نشده است.

در مطالب ذیل استدلال خواهد شد که حداقل فقه هر کدام از مذاهب اسلامی نمی تواند مشمول 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 گونه ای که در ماده ۱ قانون اساسی افغانستان آمده است، در این رابطه هیچ نوع راهنمایی نمی کند. تا کنون نشان داده شده است که در این خصوص سایر جمهوری های 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 و فتاوی فقهای مذهب جعفری می گردد، 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 جمله ای جامعه را ملزم می نماید که «در مقابل ضروریات دنیای جدید پاسخگو» باشد.

دوم آن که شرایط ضروری نهادهای مسؤول 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» می باشد. در قانون اساسی افغانستان ارگانی که صلاحیت بررسی انطباق قوانین با اسلام را داشته باشد، پیش بینی و معین نشده است.». ۳۱۴

این تفسیر از این جهت که ماده ۳ ق. ۱ ناظر بر مذهب فقهی خاص نیست صحیح است. اما، از جهتی که عبارت «احکام و معتقدات» همان «اساسات کلی اسلام» که همه فقهاء در مورد آن اتفاق نظر دارند به سه دلیل محل ایراد به نظر می رسد:

۱) از نظر تفسیر لفظی ماده ۳ ق. ا: اگر ماده ۳ ق. ا را تفسیر لفظی کنیم در می یابیم که نص ماده ۳ ناظر به رابطه قوانین با شریعت و شاخه های آن است^{۳۱۵} نه ناظر بر رابطه قوانین با «اساسات کلی اسلام که همه فقهاء در مورد آنها اتفاق نظر دارند». چنانچه تفصیل آن خواهد آمد، شریعت به سه شاخه تقسیم می شود: فقه، عقاید و اخلاق. در نتیجه، ماده ۳ ق. ا صرف شامل فقه و اعتقادات می شود و اخلاقیات را در بر نمی گیرد. علت این امر واضح است و آن همان عدم مداخله قوانین در امور اخلاقی است و امروزه حقوق از اخلاق کاملاً جدا شده است. در مورد «معتقدات» آقای دانش در کتاب حقوق اساسی می نویسد:

«از آن جا که ماده سوم مربوط به ساحت قانون و قانونگذاری است، به نظر می رسد که ذکر کلمه «معتقدات» چندان موجه نیست. زیرا، قانونگذاری برای وضع و جعل «حکم» است که در عری به آن «تشریح» می گویند و جعل حکم یا قانونگذاری با «احکام فقهی» اسلام ارتباط دارد، نه با اصول اعتقادی و اخلاقی. زیرا، قانون مربوط به حیات اجتماعی و اعمال و رفتار انسان ها است، نه اعتقاد و باور دینی در باره توحید، نبوت، معاد و ... به همین جهت، هیچ قانونی معمولاً نیز دیده نشده است که برای امور اعتقادی و اخلاقی تنظیم شده باشد.

شاید تنها دلیل توجیه کننده این باشد که ما با افزودن کلمه «معتقدات» از رفتار و کردار و تبلیغات ضد دین و باورهای ایمانی و اعتقادی جلوگیری کنیم. ولی، باید گفت که: اگر چنین هدفی نیز در کار باشد، جای آن در ماده سوم ق. ا نیست. زیرا، ماده سوم ق. ا مربوط به تصویب قانون است که برای تأمین این هدف ماده دوم ق. ا کفایت می کند. زیرا، در ماده دوم ق. ا آمده است که: «دین دولت جمهوری افغانستان دین مقدس اسلام است.» یعنی: در ماده دوم تنها به کلمه «دین» اکتفاء شده و دین اسلام همانطور که گفتیم شامل هر سه عرصه «اصول اعتقادی، اصول اخلاقی و احکام فقهی» می شود.^{۳۱۶}

۲) از نظر تفسیر تاریخی: اگر این ماده را تفسیر تاریخی نیز کنیم در می یابیم که منظور از احکام معتقدات «اساسات کلی اسلام» نیست. زیرا، در مسوده قانون اساسی به عوض عبارت «اساسات کلی اسلام» صرف کلمه «احکام» استعمال شده بود. اما، در لویه جرگه تصویب قانون اساسی یکی از وکلای پیشنهاد کرد که کلمه «معتقدات» نیز اضافه شود و ماده سوم به حالت فعلی در آمد. آیت الله العظمی شیخ محمد آصف محسنی عضو کمیته تفاهم ایجاد تعدیل در بند اول ماده ۳ ق. ا را چنین توضیح می دهد:

«قبلاً در متن مسوده اساسات دین مقدس اسلام بود و من با مقامات بالا در همان موقع تدویر و تدقیق صحبت کردم که اساسات اسلام توحید، نبوت و معاد است کدام قانون می تواند مخالف اساسات

۳۱۵. آقای سرور دانش در کتاب حقوق اساسی نیز بر همین نظر است (نک: سرور دانش (۱۳۸۹). حقوق اساسی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات دانشگاه ابن سینا، صص ۲۳۷-۲۴۰).
 ۳۱۶. همان، سرور دانش، ص ۲۳۹.

شود، تا این ماده بیاید و از آن جلوگیری نماید؟ گفتم یا دین بنویسید یا احکام دین. بالاخره قبول کردند و اساسات را برداشتند. بعد دیدم دوباره آن تعبیر را پس آوردند. رئیس دولت گفت که یک عده ملاها آمدند نزد من که چرا اساسات دین مقدس اسلام را برداشتید؟ گفتم: کلمه اساسات مسخره کردن دین است. قانون مخالف اساسات شده نمی تواند، بلکه مخالف احکام شریعت می شود و بالاخره دوباره قبول کردند و در کمیته تفاهم هم همان آمد که مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام نمی تواند باشد.». ۳۱۷

۳) از نظر عدم ضرورت ذکر احکام و معتقدات: اگر منظور قانونگذار اساسی در ماده ۳ ق. «اساسات کلی اسلام» می بود، بدون شک، به عوض عبارت «احکام و معتقدات» عبارت «اساسات کلی اسلام» را استعمال می کرد و ضرورتی نداشت تا عبارت «احکام و معتقدات» را استعمال نماید به ویژه که اکثر اعضای کمیسیون تسوید و تدقیق قانون اساسی فقیه و متخصص اصول فقه بودند، مانند: پوهاند نعمت الله شهرانی، سرور دانش، پوهاند عبدالسلام عظیمی، قاضی امین وقاد و امثال اینها که می توانستند به وضوح میان «اساسات کلی اسلام» و «احکام و معتقدات» تفکیک قایل شوند. از آنچه گفته شد، چنین نتیجه گرفته می شود که عبارت «احکام و معتقدات» به معنی اساسات کلی اسلام نیست.

پرسش این است که منظور از «معتقدات و احکام» چیست؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که منظور از معتقدات «عقاید اسلامی» و منظور از احکام «احکام فقه اسلامی» است. زیرا، عقاید و فقه که همان احکام است دو شاخه های مهم شریعت اند. شریعت به دو معنی استعمال شده است. اول جائی که مردم از آنجا آب می گیرند و دوم راه راست. شریعت در اصطلاح علم اصول فقه به معنی استعمال شده است که مقصود از آن احکام خداوندی ﷻ است. ۳۱۸

به مفهوم ساده تر: شریعت احکامی است که از طریق قرآن و سنت تشریح شده است. شریعت عام است و شامل سه بخش اخلاق، عقاید و فقه می شود. بنابراین، فرق های که میان فقه و شریعت وجود دارد قرار آتی است:

نخست این که: احکام شریعت اسلامی نسبت به احکام فقه اسلامی عام تر است. زیرا، شریعت اسلامی در تمام زمینه ها؛ یعنی: اعتقادی، اخلاقی، عبادی، معاملاتی و ... احکام دارد. اما، فقه صرف شامل احکام عبادی و معاملاتی، عقوبات و ... است. پس، شریعت عام است و فقه خاص؛ شریعت درخت تنومند است و فقه یکی از شاخه های آن؛

۳۱۷. ____ (____). فرایند شکل گیری قانون اساسی (۴) موضعگیری ها، چالشها و تفاهمات در لویه جرگه، جلد (۴)، کابل:

انتشارات کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، ص ۲۴.

۳۱۸. غلام محی الدین دریز (۱۳۸۳). اساسات حقوق اسلام، کابل: انتشارات سعید، صص ۲۱ و ۲۲.

دوم این که: مصادر شریعت را صرف دو منبع قرآن و سنت تشکیل می دهد و نظر و رأی بشر به هیچ وجه در شریعت دخیل نیست. اما، مصادر فقه علاوه بر قرآن و سنت، اجماع و قیاس و ... است. بنابراین، در فقه نظر بشر نیز دخیل است: ۳۱۹

۱- اخلاق: منظور از اخلاقیات امور معنوی مانند: زهد، صبر، رضا و حضور قلب در نماز و امثال اینها است.

۲- عقاید: منظور از معتقدات که بخش دیگر شریعت اسلامی است اعتقادات مانند وجوب ایمان به خداوند ﷻ، پیامبران و ... است.

۳- فقه: فقه در لغت به معنی فهمیدن است. در اصطلاح فقهاء تعاریف متعددی برای فقه ارایه کرده اند: امام ابو حنیفه رحمته در تعریف فقه گفته است: فقه عبارت است از معرفت انسان تمام حقوق و تکالیف خویش را. ۳۲۰ این تعریف عام است و شامل احکام اعتقادی مانند وجوب ایمان و امثال آن، اخلاقیات و تصوف، عملیات (احکام عبادی و معاملاتی)، مانند: نماز، روزه، بیع و امثال اینها می شود. این تعریف در زمان امام ابو حنیفه رحمته معمول بود. زیرا، در آن زمان فقه از سایر علوم شرعی جدا نشده بود.

اما، بعداً علم کلام (اعتقادات) و علم اخلاق و تصوف مانند زهد، صبر، رضا و حضور قلب در نماز و امثال اینها (اخلاقیات) از فقه جدا شد و علم فقه محصور به معرفت نفس تمام حقوق و تکالیف خویش را گردید. بنابراین، فقهای حنفیه در اخیر تعریف کلمه «عملی» را اضافه نمودند تا اعتقادات و اخلاقیات را از ساحة فقه خارج نمایند. از همین رو، فقه در مجله الاحکام به معنی محدود تعریف گردیده است. ماده ۱ مجله الاحکام در تعریف فقه می گوید: «علم فقه عبارت از علم آوردن به مسایل شرعی عملی است. مسایل شرعی عملی یا به امور اخروی تعلق می گیرد و آن عبادات را تشکیل می دهد و یا به امور دنیوی تعلق می گیرد که به مناکحات و معاملات و عقوبات تقسیم می شود.»

اما، تعریف مختار برای فقه تعریف امام شافعی رحمته است که گفته است: فقه عبارت از: علم به احکام شرعی عملی است که از ادله تفصیلیه گرفته شده است. ۳۲۱ از آنچه گفته شد، این نتایج ذیل به دست می آید که: نخست این که: تفسیر ماده ۳ ق. ۱ این می شود که: «هیچ قانونی در افغانستان نمی تواند خلاف احکام فقه اسلامی و عقاید اسلامی باشد.» دوم این که قوای تأسیسی نمی توانند قانونی را وضع نمایند که خلاف شرع باشد. سوم این که به نظر می رسد عبارت «باشد» به گذشته رجعت می نماید و قوانین گذشته که هنوز ملغی نشده اند و خلاف احکام فقهی و عقاید اسلامی اند، ملغی پنداشته می شوند.

۳۱۹. داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، صص ۵۶ و ۵۷.

۳۲۰. «معرفة النفس ما لها و ما عليها».

۳۲۱. «العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية».

مبحث ششم) نظارت بر شرعی بودن قوانین

در کشور های اسلامی تا اواسط قرن نوزدهم قانون در مفهوم امروزی آن وجود نداشت و شریعت اسلامی تنظیم کننده روابط حقوقی میان افراد بود. در دو قرن اخیر، این کشور ها به تأثیر پذیری از نهضت تدوین قوانین در اروپای قرن نوزدهم به تدوین قوانین روی آوردند.^{۳۲۲} اما، این تحول کشور های مذکور را از نظر چگونگی انطباق قوانین جدید با فقه اسلامی با چالش اساسی روبرو کرده است که در بسیاری از آنها همچنان ادامه دارد.^{۳۲۳}

در نظام حقوقی افغانستان نیز مانند بسیاری کشور های اسلامی طبق ماده سوم ق. م تمام قوانین باید مطابق با احکام و معتقدات دین اسلام می بود. در حقوق برخی کشورهای دیگر نهادی که صلاحیت بررسی مطابقت قوانین با شریعت را دارند به صورت واضح پیش بینی شده است. به عنوان مثال، در جمهوری اسلامی ایران این صلاحیت را شورای نگهبان دارا است.

پرسش این است که کدام نهاد باید بر عدم مخالفت قوانین با معتقدات و احکام فقهی که آن را نظارت بر شرعی بودن قوانین می نامند، نظارت نماید؟ زیرا صرف بیان این که در افغانستان هیچ قانون نمی تواند مخالف عقاید و احکام شریعت اسلامی باشد کافی نیست. زیرا، اگر چنین قانونی وجود داشته باشد و نافذ باشد تکلیف چیست؟

داکتر مشتاقی در این مورد می نویسد که: در حقوق افغانستان از زمان انفاذ قانون اساسی تا کنون از سه نهاد تصور می رفت که در رابطه به بررسی مطابقت قوانین وضعی با شریعت اسلامی ذیصلاح تلقی شوند: کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، رئیس جمهور و ستره محکمه:^{۳۲۴}

۱) کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی: کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی طبق قانون این کمیسیون صلاحیت بررسی مطابقت قوانین با شریعت اسلامی را ندارد. تفصیل صلاحیت های کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی در بخش نهاد های حقوقی خواهد آمد.

۳۲۲. حتی امروزه بسیاری از متخصصین علوم فقه از ایفای وظیفه منحنی قانونساز و قانونگذار اجتناب می ورزند. استدلال این گروه این است که قانونگذاری مخالف اصل حاکمیت الهی که به موجب آن قدرت تشریع از آن خداوند است، می باشد. در ضمن، در صورت وجود فقه که مانع و جامع است و همه مسایل را پیش بینی نموده است ضرورت به قانونگذاری نیست. اما عده ای دیگر بر این نظر اند که قانونگذاری جواز دارد. استدلال این گروه این است که نخست این که: برخی مسایل مستحدثه وجود دارد که احکام صریح و حتی ضمنی در خصوص آن ها در شریعت وجود ندارد مانند مسایل مربوط به هوانوری، ترافیک جاده و نظیر اینها.

لذا، چاره جز این که در خصوص این مسایل در روشنایی، اهداف، مبانی و روح شریعت قانونگذاری نمایم، نیست. دوم این که: در فقه مذاهب مختلف وجود دارد. در داخل یک مذهب نیز نظریات مختلف وجود دارد. لذا، قانونگذار می تواند برای سهولت و تطبیق یکسان قوانین، یکی از این نظریات را در قالب قوانین، مدون نماید. سوم این که به نظر می رسد فقه مانع و جامع نیست و با بسته شدن باب اجتهاد به ویژه در فقه اهل سنت، فقه (کلاسیک) نمی تواند به همه مسایل امروزی جوابگو باشد.

۳۲۳. حسین آراسته و دیگران (۱۳۸۹). در باره علم حقوق، چاپ اول، تهران: نشر کتاب، ص ۳۱.

۳۲۴. رامین مشتاقی (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، مترجم: حسین غلامی، چاپ چهارم، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک، ص ۶۶.

۲) رئیس جمهور: داکتر رامین مشتاقی در این مورد بر این نظر است که: 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 می کند که پیش از تصدی وظیفه توسط رئیس جمهور باید سوگندی یاد شود؛ سوگندی که دارای نتایجی در ارتباط به مسؤولیت های رئیس جمهور می باشد.

به علاوه، فقره ۱ ماده ۶۴ قانون اساسی افغانستان به رئیس جمهور صلاحیت مراقبت از اجرای قانون اساسی از جمله نظارت بر تطبیق ماده ۳ آن قانون را می دهد. به این ترتیب از رئیس جمهور نیز انتظار می رفت که به عنوان حافظ قانون اساسی عمل کند.

با وجود این، اگر چه فقره ۱ ماده ۶۴ قانون اساسی افغانستان کاندیداهای ریاست جمهوری را ملزم می کند 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 در باره پرسش ها و مسایل تخصصی مربوط به فقه حنفی و یا سایر مکاتب فقهی اسلامی بودند.^{۳۲۵}

این نظر ناقص به نظر می رسد، زیرا سوگند رئیس جمهور ناظر بر نظارت بر شرعی بودن قوانین نیست چرا که در نص این ماده رعایت و حمایت دین اسلام و رعایت و تطبیق قانون اساسی توسط رئیس جمهور پیش بینی شده است. لذا، به نظر می رسد رئیس جمهور فاقد این صلاحیت بود.

۳) ستره محکمه: داکتر مشتاقی در این مورد می نویسد که آخرین نهادی 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.

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.

باوجود این، از آنجا که حقوق افغانستان عمیقاً ریشه در فقه اسلامی دارد، یک قاضی بدون برخورداری از دانش کافی در فقه اسلامی نمی تواند تخصص کافی در نظام قضایی افغانستان را نیز دارا باشد، تخصصی که حداقل صلاحیت خاص او در فقه اسلامی را تضمین و تامین می نماید.

باوجود این، هیچ حکمی که متضمن ضرورت وجود دانش و تخصص گسترده در قضاوت و تعالیم فقه حنفی یا سایر مذاهب اسلامی در قضاوت ستره محکمه باشد، وجود ندارد. به فرض احتمال آنکه در یک زمان معین هیچ کدام از قضاوت 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 می رسد که این محکمه بتواند در خصوص مسایل مرتبط با مطابقت قوانین با موازین فقه و تعالیم یک مذهب خاص اتخاذ تصمیم کند.^{۳۲۶}

این نظر نیز ناقص به نظر می رسد، زیرا قوه مؤسس (لویه جرگه) این صلاحیت را به ستره محکمه به صورت واضح و حتی ضمنی نداده بوده. بنابراین، نظر آقای مشتاقی از دو جهت محل ایراد به نظر می رسد. اول این که برخلاف نظر آقای مشتاقی شریعت جزء ماده سوم ق. ا نیست، بلکه یک منبع مستقل است، منتها جایگاه آن در نظام حقوقی افغانستان در ماده ۳ ق. ا مشخص شده است؛ ثانیاً این که نظر آقای مشتاقی خلاف اصل حاکمیت قانون و اصل عدم صلاحیت که هر دو از اصول عمده حقوق عامه اند و تفصیل آنها در مبحث اصول کلی حقوق خواهد آمد، است.

طبق این دو اصل، هیچ اداره و مقام دولتی نمی تواند عملی را انجام دهد، مگر این که این صلاحیت توسط قانون به آن اعطا شده باشد.^{۳۲۷} سوم این که رویه عملی خلاف این نظر را به اثبات می رساند، زیرا تا ختم دوره جمهوری در سال ۱۴۰۰ هیچ نظارتی بر شرعی بودن قوانین توسط ستره محکمه صورت نگرفته است. به نظر می رسد در این خصوص خلا نهادی در نظام حقوقی افغانستان وجود داشت.

مبحث هفتم) منابع فقه

۳۲۶. همان، رامین مشتاقی، صص ۶۵ و ۶۶.

۳۲۷. آنچه گفته شد، از حیث نظری است. اما، در عمل، تجارب و مشاهدات نشان می دهد در همه مراحل قانونگذاری مسوودین و مصوبین قوانین در مفهوم عام سعی بر این می نمایند تا قوانین را مخالف شرع تدوین و تصویب نمایند. از همین رو، ماده ۲ جزء ۱۵ مقرر طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در تعریف تدقیق می گفت: «تدقیق ارزیابی دقیق کلمات، اصطلاحات، جملات و عبارات طرح ابتدایی سند تقنینی از نظر شکل و محتوا و مطابقت آن با احکام شریعت اسلامی، قانون اساسی، سایر قوانین نافذ، رعایت معاهدات و میثاق های بین المللی که افغانستان به آن ها الحاق نموده است و عرف سالم جامعه می باشد». اما، ماده ۳ جزء ۳۲ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی که ناسخ مقرر مذکور است در تعریف تدقیق می گوید: «تدقیق ارزیابی همه جانبه شکل و محتوی مسوده سند تقنینی است که قبل از مرحله تأیید و تصویب به منظور مؤثریت، کارایی و سازگاری با احکام دین مقدس اسلام، قانون اساسی و قوانین نافذ توسط مرجع ذیصلاح صورت می گیرد». طبق این ماده انستیتوت امور قانونگذاری می تواند بر شرعی بودن مسودات اسناد تقنینی نظارت نماید. شورای ملی نیز بر شرعی بودن قوانین نظارت می نماید. به همین دلیل، شورای ملی نتوانسته است قانون منع خشونت علیه زن را که توسط فرمان تقنینی نافذ گردیده است تصویب نماید.

منابع فقه عبارت از قرآن، سنت، اجماع، قیاس، استحسان، مصالح مرسله، استصحاب الحال، سد الذرایع، قول صحابی، عرف و شرایع آسمانی که چهار منبع ای اول اتفاقی و سایر منابع اختلافی است و علمای اصول این منابع را منابع تشریح می گویند:

(۱) قرآن: قرآن مصدر است و در لغت به معنی قرائت است. در اصطلاح قرآن عبارت از سخن خداوند ﷻ با لفظ عربی فصیح که بر رسول الله ﷺ نازل شده است و به طریق تواتر به ما رسیده است، و در مصحف مکتوب و ابتدای آن سوره فاتحه و انتهای آن سوره ناس است و تلاوت آن عبادت است.

(۲) سنت: سنت در لغت، به معنی طریقه و راه و روش و سیرت است، چه خوب و چه بد و در اصطلاح اصول فقه سنت، عبارت از گفتار و کردار و تقریری است که از رسول الله ﷺ سرزده است. ۳۲۸

(۳) اجماع: اجماع در لغت به معنی عزم و تصمیم بر یک شی است. در اصطلاح اجماع عبارت است از اتفاق مجتهدین اسلامی بعد از وفات پیامبر ﷺ در یک عصری از عصور در مورد یک حکم شرعی. از تعریف فوق به خوبی امور آتی بر می آید:

- ۱- اتفاق غیر مجتهدین بر یک حکم شرعی اجماع نامیده نمی شود؛
- ۲- منظور از اتفاق مجتهدین اتفاق تمام مجتهدین می باشد. بنابراین، اگر برخی از مجتهدین در مورد حکم شرعی اختلاف نمایند، اجماع تحقق نمی یابد؛
- ۳- باید مجتهدین مسلمان باشند. زیرا، دلایل دال بر حجت اجماع بیانگر این امر است که باید اعضای اجماع مسلمان باشند؛

۴- باید اتفاق مجتهدین بر یک حکم شرعی در همان لحظه اجماع تحقق پیدا کند. بنابراین، رجوع برخی از مجتهدین از رأی خویش و یا ظهور مجتهد دیگر که در وقت اجماع نبوده است، بعد از اجماع، اجماع را متضرر می سازد؛

۵- اتفاق مجتهدین زمانی اجماع نامیده می شود که در باره یک حکم شرعی، مانند: وجوب، حرمت، ندب و امثال اینها باشد؛

۶- اجماع وقتی معتبر است که بعد از وفات پیامبر ﷺ صورت پذیرفته باشد؛ و

۷- صدور اجماع از مجتهد واحد صحیح نیست. ۳۲۹

(۴) قیاس: قیاس از ریشه قیس است که در لغت به معنی برابر کردن و اندازه کردن است. در اصطلاح علم اصول فقه قیاس عبارت است از برابر کردن حادثه ای که حکم آن منصوص نیست با حادثه ای که

۳۲۸. وهبة الزحیلی (____). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۴۹-۴۵۵؛ و عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۱۶۱-۱۷۷؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، صص ۱۷۰-۱۷۲.

۳۲۹. وهبة الزحیلی (____). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۸۹-۴۹۱؛ و عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۱۷۹-۱۹۴؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۱۷۷

حُکم آن منصوص است در حکم منصوص علیه بخاطر برابر بودن دو حادثه در علت حُکم. از تعریف فوق به خوبی استنباط می شود که قیاس دارای چهار رکن است:

- ۱- اصل: که آن را مقیس علیه می گویند؛
- ۲- حُکم اصل: که عبارت از حُکم شرعی است که در مورد اصل وجود دارد؛
- ۳- فرع: که آن را مقیس می گویند و در مورد حُکم آن نص نیامده و قرار است حُکم اصل با شیوه قیاس به آن داده شود؛

۴- علت: که عبارت است از وصف مشترک در میان اصل و فرع که براساس آن حُکم اصل به فرع انتقال داده می شود. جهت فهم تعریف و ارکان قیاس در ذیل برخی مثال های قیاس را ارایه می نمایم:

۱) خداوند ﷻ راجع به حرام بودن شراب می فرماید:
﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ [النساء: ۸۳]

«ای کسانی که ایمان آورده اید شراب و قمار و بتها و تیرهای قرعه پلیدند [و] از عمل شیطانند پس از آنها دوری گزینید باشد که رستگار شوید.»

این آیه بر حرمت خمر دلالت دارد. زیرا، خمر مسکر و نشه آور است. اما، در مورد نبیذ که از خرما یا جو ساخته می شود، نصی؛ یعنی: آیتی یا حدیثی وجود ندارد که دلالت بر حرمت آن کند. اما، نبیذ مُسکر و نشه آور است. چون خمر و نبیذ هر دو دارای علت اسکار هستند در نتیجه نبیذ بر خمر قیاس می شود و حُکم خمر را می گیرد که عبارت از حرمت است. در این مثال، خمر اصل، نبیذ فرع، علت مشترک در بین خمر و نبیذ اسکار حرمت حُکم آن می باشد.

۲) پیامبر ﷺ در مورد محروم شدن وارث از میراث می فرماید:
«لیس لقاتل میراث.» ۳۳۰

«قاتل مستحق میراث نمی شود.»

این حدیث به وضوح دلالت بر این امر می نماید که قاتل از مقتول ارث نمی برد. زیرا، قتل عمد وسیله به دست آوردن ارث قبل از موعد آن است. اما، در مورد این که موصی له، موصی را به قتل برساند، مستحق موصی به، می شود یا خیر؟ هیچ نصی موجود نیست. اما، علت محروم شدن قاتل به قتل عمد از میراث در این مورد نیز موجود می باشد و آن عبارت است از قرار دادن قتل وسیله برای به دست آوردن میراث قبل از موعد آن است. چون هر دو حادثه دارای علت واحد هستند در نتیجه حادثه دوم بر حادثه اول که حُکم آن منصوص

است قیاس می شود و حکم آن را به خود می گیرد. بنابراین، موصی له قاتل، از موصی به، به واسطه قتل موصی محروم می شود.

۳) پیامبر ﷺ در مورد حرام بودن بیع و خواستگاری بر خواستگاری برادر مسلمان فرموده است:

«الْمُؤْمِنُ أَخُ الْمُؤْمِنِ فَلَا يَحِلُّ لِلْمُؤْمِنِ أَنْ يَبَاعَ عَلَىٰ بَيْعِ أَخِيهِ، وَلَا يَخْتَبَ عَلَىٰ خِطْبَةِ أَخِيهِ.»^{۳۳۱}

«مسلمانان برادر همدیگر اند، برای هیچ مسلمانی حلال نیست که بر معامله برادر مؤمنش معامله کند. همچنین برای هیچ مسلمانی حلال نیست که خواستگاری برخواستگاری برادر مؤمنش انجام بدهد.»

طبق این حدیث بیع مسلمان بر بیع برادر مسلمان و خواستگاری بر خواستگاری برادر مسلمان حرام است و علت آن تجاوز بر حق دیگران است. اما، در ارتباط به اجاره بر اجاره دیگری در شرع نصی وجود ندارد تا دلالت بر حرمت آن نماید.

بنابراین، واقعه دوم بر واقعه اول قیاس می شود. زیرا، هر دو دارای علت واحد هستند و در نتیجه حادثه دوم حکم حادثه اول را می گیرد که عبارت از حرمت اجاره بر اجاره دیگران است.^{۳۳۲}

از آنچه در توضیح ماده ۱، ۲، ۳ و ۱۳۰ و ۱۳۱ ق. ا. ق. م گفته شد، نتایج ذیل به دست می آید:
 ۱) در افغانستان دین از سیاست جدا نبود؛ به این توضیح که نظام حقوقی افغانستان، نظام حقوقی سکولار نبود.

۲) دولت افغانستان دولت جمهوری اسلامی و دین رسمی آن اسلام بود. پس از سقوط جمهوریت در سال ۱۴۰۰، حکومت طالبان جمهوریت را از بین برده و امارت اسلامی اعلان کردند.

۳) در افغانستان هیچ قانونی نمی توانست مخالف احکام فقهی و عقاید اسلام باشد. اما نهادی که بر شرعی بودن قوانین نظارت نماید، در قانون اساسی افغانستان پیش بینی نشده بود. لذا، در نظام حقوقی افغانستان نهاد صیانت از شرعی بودن قوانین وجود نداشت. قابل توصیه است در صورت تدوین قانون اساسی جدید این نهاد در نظام حقوقی افغانستان شناسایی و مشخص شود.

۴) منظور از معتقدات در ماده ۳ ق. ا. عقاید اسلامی که یکی از شاخه های شریعت است و منظور از احکام، احکام فقهی بود.

۳۳۱. رواه مسلم.

۳۳۲. وهبة الزحيلي (____). اصول الفقه الإسلامي، جلد (۱)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۶۰۱-۶۰۶؛ عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجيز في اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۱۹۴-۱۹۶؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعماني، صص ۱۸۰-۱۸۳.

۵) در نظام جمهوری اسلامی افغانستان هیچ مذهبی، مذهب رسمی دولت نبود. این امر را می توان اقدامی جالبی در جهت کثرت گرایی مذهبی در افغانستان قلمداد کرد.

۶) احکام فقه حنفی برای پیروان مذهب حنفی و برای پیروان اهل تشیع فقه شیعه متمم قوانین موضوعه افغانستان بود. بنابراین، در صورت نبودن قوانین قضات می توانستند به این دو فقه مراجعه و مطابق احکام آن دعاوی مطروحه را حل و فصل نمایند. در ماده ۱۳۰ و ۱۳۱ مراجعه به این احکام این دو فقه به صورت مطلق ذکر گردیده بود. مراجعه قضات به فقه در حوزه حقوق جزاء موجب نقض اصل قانونیت جرایم و مجازات که در ماده ۲۷ ق. ا تضمین شده است می گردید.

شایسته است مراجعه قضات به فقه صرف در مسایل غیرجزایی پیش بینی شود. به عبارت دیگر: برای این که اصل قانونیت جرایم و مجازات ها نقض نگردد، شایسته است صرف به قضات اجازه داده شود، در صورت مسکوت بودن قوانین وضعی در حوزه های غیرجزایی به فقه مراجعه و دعوی مطروحه را مطابق آن حل و فصل نمایند.

۷) منبع دوم حقوق افغانستان را فقه که یکی از شاخه های شریعت است تشکیل می داد بنابر دلایل ذیل:

۱- نفوذ فقه که یکی از شاخه های شریعت است در نظام حقوقی افغانستان به اندازه ای است که حتی امروزه در برخی از ولایات افغانستان مردم و حتی قضات و وکلا و سایر دست اندرکاران نهاد های عدلی و قضایی قوانین را برخلاف شریعت می دانند و تمایل به تطبیق شریعت اسلامی دارند؛

۲- قانونگذاران در افغانستان براساس ماده ۳ ق. ا مکلف بودند قانونی را وضع نمایند که مخالف احکام فقه و عقاید اسلامی باشد؛

۳- احکام قوانین، به خصوص در ساحة حقوق مدنی از فقه گرفته شده است، مانند قانون مدنی که اکثر قواعد آن از فقه گرفته شده است.

۴- در صورت سکوت قوانین نیز قضات مکلف بودند مطابق ماده ۱۳۰ و ۱۳۱ ق. ا احکام فقه را (در ساحة غیرجزایی) جهت حل و فصل قضایا تطبیق نمایند؛

۵- دو شاخه دیگر شریعت؛ یعنی عقاید و اخلاق نقش چشمگیری در حوزه حقوق در افغانستان نداشت و ندارد.

۸) در ق. ا هم شریعت پذیرفته شده بود و هم حقوق بشر. برای جمع این دو، به معاهداتی که دولت جمهوری اسلامی افغانستان ملحق می شد، باید دقت صورت می گرفت و نسبت به آن دسته از قواعد معاهدات که مخالف شریعت اند، حق شرط گذاشته می شد، در غیر آن، تطبیق این معاهدات در افغانستان به چالش های جدی مواجه می گردید.

۹) برخی حقوقدانان پا را از اینها نیز فراتر نهاده و بر این نظر اند که: «این حکم (حکم ماده سوم ق. ا)، آن قوانینی را که حتی پیش از سال ۱۳۸۲؛ یعنی: پیش از تصویب این قانون اساسی، به تصویب

رسیده و در واقع مخالف اسلام باشند، نیز شامل می شود. به این توضیح که: این حکم از آن مواردی نیست که قاعده عطف به ما سبق نشدن یا عدم رجعت به ماقبل، آن را شامل شود. زیرا، زمانی که قانون اساسی، احکامی را لغو می کند یا ممنوع قرار می دهد منظور تنها آن قوانینی نیست که در آینده تصویب می شوند، بلکه گذشته را نیز شامل می شود. علاوه بر این، در پهلوی قانون اساسی فعلی، تمام قوانین اساسی افغانستان حداقل از سال ۱۳۴۳ بعد بعد، حکم این ماده را در خود داشته اند. بنابراین، هر قانونی که در گذشته نیز تصویب و نافذ شده و مخالف اسلام باشد، ملغی است.»^{۳۳۳}

۱۰) در صورت تعارض میان قانون و شرع، شرع مقدم است و بر قانون غلبه دارد، زیرا قوانین باید مطابق شرع باشند.

۱۱) قضات، وکلا، روحانیون، مردم عوام و ... نباید در تطبیق قوانین وضعی تعلل می ورزیدند زیرا فرض بر این بود که قوانین وضعی در افغانستان شرعی اند، زیرا نظارت بر شرعی بودن این قوانین صورت گرفته است مگر این که خلاف آن ثابت شود.

فصل چهاردهم: عرف و عادات

منبع سوم حقوق افغانستان (در ساحة حقوق خصوصی) عرف و عادات است.

مبحث اول) تعریف و ارکان

در خارج از علم حقوق به عرف و عادات رسم و رواج هم می گویند. اما، در علم حقوق عبارت عرف و عادات بیشتر استعمال می شود. رسم در لغت به معنی طریق، آیین، روش، قاعده، قانون و عادت است که جمع آن رسوم است.^{۳۳۴} رواج در لغت به معنی روا شدن، روایی یافتن و روان و در جریان بودن است. همچنین، رواج به معنی روا و روایی است.^{۳۳۵} عادت در لغت به معنی خوی، آنچه که به آن خوی بگیرند، کاری که انسان به آن خوی بگیرد و در وقت معین انجام دهد است که جمع آن عادات است.^{۳۳۶} عرف در لغت به معنی خوی و عادت است.^{۳۳۷}

برخی بر این نظر اند که عرف عبارت از هنجار و یا قاعده رفتاری است که توسط جامعه به رسمیت شناخته شده است.^{۳۳۸} در مفهوم وسیع تر: در اصطلاح حقوقی عرف عبارت از اعمال و اموری است که مردم انجام می دهند، بقیه افراد اعتراض نمی نمایند و پس از تأیید و تکرار در اثر اجراء مردم به الزام آور بودن آن اعتقاد پیدا می نمایند. پس عرف مجموعه اموری است که از بطن جامعه برخاسته و در اثر اجرای

۳۳۴. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۶۵۱.

۳۳۵. همان، حسن عمید، ص ۶۶۳.

۳۳۶. همان، حسن عمید، ص ۸۵۴.

۳۳۷. همان، حسن عمید، ص ۸۶۲.

آگاهانه توسط مردم به صورت متداوم به قاعده تبدیل گردیده بدون آنکه قانونگذار در ایجاد آن مداخله کرده باشد.

بنابراین، عرف قواعد نانوشته ای است که حیات اشخاص حقیقی و حکمی را تنظیم می نماید. از تعریف فوق به خوبی بر می آید که عرف و عادات دارای دو رکن است: اول: اجرای عرف توسط مردم به صورت آگاهانه به صورت متداوم. پرسش این است که چند بار یک امر باید انجام شود تا عرف به وجود بی یاید؟

در پاسخ به این پرسش معمولاً حقوقدانان سکوت اختیار می نمایند. آنچه مسلم است این است که یک امر باید تکرار شود تا عرف به وجود بی یاید، زیرا در حقوق یک اصل کلی وجود دارد که تصریح می نماید با یک بار انجام شدن عمل عرف به وجود نمی آید. عنصر دوم اعتقاد مردم مبنی بر الزام آور بودن عرف است. به عنصر اول عنصر مادی و به عنصر دوم عنصر معنوی می گویند.

مبحث دوم) ضمانت اجرا

در نگاه اول به نظر می رسد ضمانت اجرای عرف و عادات افکار عمومی مردم است، زیرا در صورت عدم اجرای عرف و عادات مردم شخص را که مطابق عرف عمل ننموده است مورد انتقاد قرار می دهند. شخصی که مورد انتقاد قرار گرفته است برای جلوگیری از انتقاد بعدی و عدم قطع علایق و روابط با افراد جامعه کوشش می نماید، در آینده مطابق عرف عمل نماید.

به حیث مثال، هرگاه شخصی اشخاصی را که می شناسد در عروسی خویش دعوت ننماید، معمولاً توسط اشخاص مذکور مورد انتقاد مبنی بر عدم دعوت آنها قرار می گیرد. یا هرگاه شخصی به جنازه یکی از رفقاء و یا خویشاوندان اشتراک ننماید به رغم این که اشتراک در جنازه از نظر فقهی فرض کفایی است، مورد انتقاد قرار می گیرد و در نتیجه خود را ملزم به اشتراک می نماید.

این نظر درست است اما در مورد عرف های اجتماعی زیرا عرف و عادات را می توان به دو دسته تقسیم کرد: عرف و عادات اجتماعی که امکان دارد برخی جنبه های مذهبی داشته باشند مانند مثال های فوق. عرف و عادات حقوقی. عرف و عادات حقوقی عرف های اند که در حوزه حقوق سرایت دارند. به حیث مثال، اطعام اجاره گیرنده مانند چاه کن، رنگ مال، گلکار و امثال اینها مطابق عرف معروف است هرچند این امر در عقد اجاره در قانون مدنی پیش بینی نشده است. در صورتی که شخصی یکی از افراد مذکور را به اجاره بگیرد، مطابق عرف باید برای آن ها صبحانه و نان چاشت را فراهم نماید.

همچنین، تعیین مقدار مهر براساس عرف و عادات صورت می گیرد. حال هرگاه صاحب کار از اطعام اجاره شونده امتناع ورزد یا مقدار مهر زوجه تعیین نگردد و زوجه غرض تعیین مهر به محکمه اقامه دعوی نماید و اجاره شونده و زوجه ادعای طعام و تعیین مقدار مهر را براساس عرف نمایند، قاضی می تواند براساس عرف و عادات صاحب کار و شوهر زوجه را مکلف به دادن طعام و تعیین مقدار مهر نماید. زیرا،

طبق ماده ۱ فقره ۱ ق. م قاضی در صورت نبود قوانین و احکام فقه حنفی برای پیروان فقه حنفی و نبود قوانین و احکام فقه جعفری برای پیروان مذهب جعفری مکلف است عرف و عادات را تطبیق نماید.

مبحث سوم) جایگاه عرف و عادات در نظام حقوقی افغانستان و رابطه عرف با قوانین

در مورد نقش عرف و عادات در افغانستان دو نظریه مختلف وجود دارد. برخی بر این نظر اند که عرف و عادات نقش خیلی مهمی را در افغانستان ایفاء می نماید. برخی دیگر کاملاً مخالف آن هستند. دلایل طرفداران عرف و عادات در افغانستان قرار ذیل است:

۱) وجود جرگه ها و لویه جرگه ها: جرگه و مشوره سران و بزرگان در افغانستان قدامت چندین هزار ساله دارد. افغانستان از آریانا تا خراسان و افغانستان کنونی شاهد برگزاری مجالس عمومی و جرگه های متعدد بوده که از تخت نشینی یما پادشاه نخستین پادشاه بلخ و باختر می توان یاد آور شد که بعد از شور و مشوره صورت گرفت.

بعد ها در دوره های متعدد از دولت های مستقل و نیمه مستقل یونانو باختری گرفته تا کوشانی ها، یفتلی ها، سامانی ها، هنگام استیلای اعراب تا قیام ابومسلم خراسانی، دور صفاری ها، سامانی ها، طاهری ها، غزنوی ها، سلجوقی ها، غوری ها و همچنین در دوره های استیلای چنگیز خان و مغلها تا صفوی ها و تا ایجاد دولت مستقل افغانستان هنگام هوتکی ها و ابدالی ها، حکومت حامد کرزی و حکومت داکتر محمد اشرف غنی جرگه و مشوره به اشکال و شیوه های گوناگون چه هنگام انتخاب زمامداران، چه هنگام دفع استیلای خارجی و بیگانه گان تدویر و انعقاد یافته است.^{۳۳۹}

۲) از نظر حل و فصل دعاوی در حقوق فعلی افغانستان: در حقوق فعلی افغانستان جرگه ها و شورای نقش مهمی را در حل و فصل دعاوی ایفاء می نمایند. زیرا، در اثر جنگ، ناامنی و غیره محاکم دولتی در اکثر نقاط افغانستان یا اصلاً وجود ندارد یا وجود دارد، اما مردم به دلیل فساد اداری، بوروکراسی، زمان گیر بودن حل و فصل قضایا، محصول فیصله به این محاکم مراجعه نمی نمایند. بنابراین، نقش عرف و عادات به خصوص جرگه ها و شورا ها بی نهایت مهم است. چنانچه داکتر علی وردک در گزارش بر این نظر بوده است که ۸۰ فیصد دعاوی توسط شورا ها و جرگه های حل و فصل می شود. سپس، ستره محکمه ج. ا. این گزارش را هم از نظر محتوی و هم از نظر شکل باطل اعلان کرد.

۳) از نظر اسلامی و حل و فصل دعاوی از طریق حکمیت و وساطت: جرگه ها و شورا اکثر دعاوی را از طریق حکمیت و وساطت حل و فصل می نمایند. حکمیت و وساطت دو تا از طرقی است که شخص ثالث در دعوی مداخله نموده و آن را بدون اینکه طرفین به محکمه بروند حل و فصل می نمایند. فرقی که بین حکمیت و وساطت وجود دارد این است که در حکمیت طرفین دعوی نزد شخص ثالث می

۳۳۹. جهت مطالعه مفصل در مورد جرگه ها نک به صفحه انترنتی ذیل:

روند و در وساطت شخص ثالث خود بدون اینکه طرفین نزد او بروند، مداخله می نماید. حکمیت و وساطت در نظام حقوقی افغانستان و اسلام پذیرفته شده است. حل و فصل دعوی از طریق حکمیت و وساطت می تواند توسط شخص ثالث و یا جرگه ها و شورا های صورت پذیرد. همانطور که حقوق تعاملی در افغانستان طرفدارانی دارد، مخالفینی نیز دارد. مخالفین عرف و عادات و حقوق تعاملی در افغانستان بیشتر روشنفکران، حقوقدانان، نهادهای جامعه مدنی، زنان، نهادهای حقوق بشری و ... اند. دلایلی را مخالفین عرف و عادات در افغانستان ارایه می نمایند قرار ذیل است:

(۱) وجود جرگه یا لویه جرگه ها یعنی سلب اراده مردم: مخالفین جرگه ها و لویه جرگه ها این سؤال را مطرح می نمایند که چرا با وجود مجلس نمایندگان و مجلس سنا در افغانستان بازم گرایش های قومی به لویه جرگه ها بیشتر می باشند؟ لویه جرگه ها همیشه در افغانستان خواست بخش مشخصی از مردم افغانستان که در آن صلاحیت های ویژه به اقوام و قبایل داده شده و آنها همیشه امتیاز های خاصی را در پروسه سیاسی افغانستان به دست آورده اند و اعضای این جرگه ها همیشه به درخواست و تعیین حاکمان وقت بوده و توده های مردم در آن اصلاً نقشی نداشته اند.

ما در گذشته ها نیز شاهد جرگه ها یا لویه جرگه های بودیم که زنان، جامعه مدنی و فرهنگیان افغانستان در آن حضور نداشتند. در واقع، وجود چنین جرگه های پروسه دموکراسی را در افغانستان که حاصل تفکر قبیلوی می باشد ده ها سال به تعویق انداخته است و هنوز هم این پدیده ضد مردم سالاری و امتیاز دادن به بخش مشخص از جامعه افغانستان است. این جرگه ها در افغانستان توسط حاکمان وقت گاه گاهی به منظور راضی نگاه داشتن ناراضیان دایر شده است.^{۳۴۰}

(۳) مخالفت با اسلام: اکثر تصامیمی را که شورا و جرگه ها اتخاذ می نمایند، مخالف شریعت اسلام، حقوق بشر، حقوق زنان و کودکان است. مصادیق و مثال های بارز این تصامیم بد دادن دختران و امثال آن است. از آنچه در فوق در مورد عرف و عادات گفته شد، به خوبی نتیجه گیری می شود که: نظر اول افراطی است، زیرا اولاً فیصله هایی را که جرگه ها و شورا ها در مورد مسایل جزایی صادر می نمایند خلاف قانون است. طبق ق. ا شورا ها و جرگه ها صلاحیت رسیدگی به قضایا چه حقوقی و چه جزایی را ندارند.

قوه قضائیه به طور کلی دو نوع است. قوه قضائیه واحد و قوه قضائیه دو گانه. در قوه قضائیه واحد همه دعاوی اعم از اداری، جزایی، مدنی، تجارتي، مالیاتی و ... مورد رسیدگی قرار می گیرد. اما در قوه قضائیه دو گانه محاکم اداری و محاکم اساسی مانند فرانسه و آلمان و نظیر اینها از چهارچوب قوه قضائیه خارج اند.

۳۴۰. جهت مطالعه مفصل در مورد جرگه ها نک به صفحه انترنتی ذیل:

پرسش این است که قوه قضائیه افغانستان تابع قضای واحد بود یا دوگانه؟ در پاسخ به این پرسش ماده ۱۲۰ ق. ۱ تصریح می نمود: «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.» از نص این ماده به خوبی فهمیده می شود که صلاحیت قوه قضائیه شامل تمام دعاوی است. به نظر می رسد که واژه صلاحیت در این ماده به مفهوم صلاحیت موضوعی است. پرسش این است که دعوی چیست؟

پرسش دیگر این است که چند نوع دعوی وجود دارد؟ در پاسخ به پرسش اول باید گفت که دعوی از مصدر ادعا و از ریشه «دعو» گرفته شده است که در لغت به معنی خواهانی، خواسته شده، طرح دعوی، خواستار شدن و طلب است که جمع آن دعاوی می باشد. در اصطلاح فقهی - حقوقی به طرح دعوی در حضور قاضی شرعی و قانونی برای اثبات حقی برای شخص دیگر «دعوی» گویند.^{۳۴۱} ماده ۵ ق. ۱. م. م در تعریف دعوی می گوید: «دعوی خواستن حق توسط یک شخص از شخص دیگر در نزد محکمه است.»

به نظر می رسد این تعریف عام است و شامل همه دعاوی می شود. در پاسخ به پرسش دوم باید گفت که در گذشته دعوی را با توجه به مدعی بها و طرفین دعوی به سه نوع تقسیم می کردند: دعوی مدنی که راجع به مسایل مدنی، مانند جبران خسارت، اعاده حالت اولی، خلع، ارث، طلاق، اموال و ملکیت، عقود و تعهدات، میان اشخاص حقوقی خصوصی (فرد علیه فرد) صورت می گرفت. دعوی تجارتي که راجع به مسایل و موضوعات تجارتي، مانند: تفسیر عقود تجارتي و شرکت های تجارتي میان اشخاص حقوق خصوصی (فرد علیه فرد) صورت می گرفت. دعوی جزایی که راجع به مسایل جزایی میان اجتماع و متهم و مظنون (خارنوال به نمایندگی از دولت و دولت به نمایندگی از اجتماع) صورت می پذیرفت.

این گونه تقسیم بندی دعوی، تقسیم سنتی و کلاسیک به نظر می رسد. زیرا با رشد و توسعه نقش دولت دعاوی دیگری مانند دعوی اداری، مالیاتی، کار و اساسی به وجود آمده است. دعوی اداری راجع به ابطال تصامیم اداری و پرداخت جبران خسارت توسط دولت است. دعوی کار، راجع به مسایل کار میان کارگر و کارفرما (و اداره در افغانستان) است مانند: تفسیر قواعد کار، مزد و امثال اینها. دعوی مالیاتی که راجع به مسایل مالیاتی میان فرد و دستگاه مالیاتی صورت می پذیرد. دعوی اساسی که میان پارلمان و حکومت و یا میان نهاد های مختلف حکومت راجع به تقسیم و توزیع قدرت صورت می پذیرد.

بنابراین، تقسیم دعوی به مدنی، تجارتي و جزایی امروزه محل ایراد به نظر می رسد و امروزه دعوی به هفت نوع تقسیم می شود: دعوی مدنی، تجارتي، جزایی، اداری، کار، مالی و اساسی. این دعاوی چه از

طرف شخص حقیقی و چه حکمی که در قوه قضائیه اقامه شود قوه قضائیه صلاحیت رسیدگی به همه این دعاوی را دارد. مدعی یا مدعی علیه قرار گرفتن دولت ناظر بر دعاوی اداری و مالیه است، زیرا در این گونه دعاوی امکان دارد دولت مدعی و یا مدعی علیه قرار بگیرد.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که قانونگذار اساسی در ماده ۱۲۰ ق. ا حدود صلاحیت موضوعی قوه قضائیه را بیان نموده است که از نظر موضوعی شامل همه دعاوی می شد. قانونگذار اساسی به این امر بسنده نکرده است و در ماده ۱۲۲ ق. ا قانونگذاران عادی را دستور داده است تا هیچ قانون عادی را وضع نمایند که این قانون بتواند قضیه را به نهاد دیگر غرض حل و فصل راجع نماید. ماده ۱۲۲ ق. ا در این باره حکم می نمود: «هیچ قانونی نمی تواند در هیچ حالت، قضیه یا ساحه ای را از دایره صلاحیت قوه قضائیه به نحوی که در این فصل تحدید شده، خارج بسازد و به مقام دیگر تفویض کند. این حکم مانع تشکیل محاکم خاص مندرج مواد شصت و نهم، هفتاد و هشتم و یکصد و بیست و هفتم این قانون اساسی و محاکم عسکری در قضایای مربوط به آن نمی گردد. تشکیل و صلاحیت این نوع محاکم توسط قانون تنظیم می گردد.»

به نظر می رسد قانون در این ماده در مفهوم وسیع (موسع) استعمال شده است و شامل قانون عادی، فرمان تقنینی، مقرر، طرز العمل و لایحه می شود.

پرسش این است که منظور از قضیه یا ساحه چیست؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که قضیه به امر متنازع فیه گفته می شود. به عبارت دیگر: قضیه عبارت از موضوع مورد اختلافی است که آن را به قاضی برده باشند.^{۳۴۲} ماده ۳ جزء ۱۵ قانون تشکیلات و صلاحیت قوه قضائیه در تعریف قضیه می گوید: «قضیه: واقعه است که به وسیله طرفین دعوی در موارد جزائی، مدنی، حقوق عامه، احوال شخصیه و تجارتی به محکمه احاله می گردد و مورد انفصال قضائی قرار می گیرد.»

ساحه (ساحت یا ساحه) به معنی ناحیه، فضای خانه، حیاط، زمین که سقف نداشته باشد و میدان است که جمع آن ساحت می باشد.^{۳۴۳} به نظر می رسد ساحه در ق. ا در این مفهوم استعمال نشده است، بلکه در مفهوم قضیه استعمال شده است، زیرا قانونگذار اساسی کلمه «یا» را بعد از قضیه استعمال نموده است.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که قضای افغانستان تابع نظام قضای واحد است زیرا از یکطرف صلاحیت قوه قضائیه شامل تمام دعاوی می شود و از طرف دیگر قانونگذار عادی نمی تواند توسط هیچ قانونی قضیه ای از قضایا را از صلاحیت قوه قضائیه خارج نماید. بخش اخیر ماده ۱۲۲ که تصریح می نمود: «این حکم مانع تشکیل محاکم خاص مندرج مواد شصت و نهم، هفتاد و هشتم و

۳۴۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۵۵۷.

۳۴۳. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۷۰۴.

یکصد و بیست و هفتم این قانون اساسی و محاکم عسکری در قضایای مربوط به آن نمی گردد. تشکیل و صلاحیت این نوع محاکم توسط قانون تنظیم می گردد. استثنای بر اصل قضای واحد است. بنابراین، برخی محاکم خاص می تواند خارج از قوه قضائیه ایجاد شود. این محاکم عبارت بودند از محکمه خاص محاکمه رئیس جمهور، محکمه خاص محاکمه وزرا، محکمه خاص محاکمه اعضای شورای عالی ستره محکمه و محاکم عسکری. دعاوی مربوط به منسوبین نظامی در سطح ابتدائیه و استیناف توسط محاکم خاص مورد رسیدگی قرار می گیرد و در مرحله تمیز توسط دیوان جرایم عسکری، جرایم نظامی و جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی.

همچنین، طبق ماده ۴۹۰ ق. ا. م. م: «تصامیم و قرارهای مجالس غیرقضایی در موضوعات مدنی و حقوق عامه مدار اعتبار نیست». طبق نص این ماده تصامیم شوراها و جرگه در مسایل مربوط به حقوق مدنی و حقوق عامه بی اعتبار است.

نظر دوم نیز تفریطی است، زیرا عرف و عادات در نظام حقوقی افغانستان از طریق دو منبع حقوق افغانستان را تشکیل می دهد: اول؛ از طریق فقه اسلامی، زیرا عرف یکی از منابع فقه اسلامی و فقه یکی از منابع حقوق افغانستان است. دوم؛ از طریق تأثیر پذیری نظام حقوقی افغانستان از نظام حقوقی رومن ژرمنیک، زیرا عرف در نظام حقوقی رومن ژرمنیک یکی از منابع حقوق است.

بنابراین، در افغانستان نیز عرف و عادات یکی از منابع حقوق است. در نتیجه، به صورت کلی عرف و عادات یکی از منابع حقوق افغانستان را تشکیل می دهد. اما، این به این معنی نیست که عرف و عادات یکی از منابع تمام رشته های حقوق در افغانستان است. در حوزه های حقوق عامه اعم از ماهوی و شکلی که تفصیل آن خواهد آمد عرف و عادات اصلاً نقشی ندارد و نمی تواند یکی از منابع حقوق افغانستان را تشکیل بدهند.

در ساحت حقوق مدنی، عرف و عادات عمومی یکی از منابع حقوق مدنی را تشکیل می دهد. طبق ماده ۲ ق. م: «در مواردی که حکمی در قانون یا اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام موجود نباشد، محکمه مطابق به عرف عمومی حکم صادر می نماید مشروط بر اینکه عرف مناقض احکام قانون یا اساسات عدالت نباشد». نص این ماده مربوط احکام عمومی است و بر بقیه مواد ق. م قابل تطبیق است. تعریف حکم، قانون، اساسات کلی فقه حنفی، عرف و عادات در بالا گذشت.

نزد فقهاء «عرف» و عادت يك معنا دارند. به همین دلیل می گویند:

«هذا ثابت بالعرف و عادت».

«این چیز ثابت از روی عرف و عادت است».

عرف به گونه ای که از تعریف آن واضح است گاه قولی یا عملی می باشد و گاه عام و خاص. عرف با این همه انواع صحیح و فاسد می باشد:

۱- **عرف عملی:** عرف عملی آن است که مردم به انجام آن عادت کرده باشند مانند: فروش به داد و گرفت و یا تقسیم مهر به مؤجل و معجل، داخل شدن به حمام ها، گرمابه های عمومی بدون معین ساختن مدت مکث و درنگ در آن و بدون تعیین مصرف شدن آب.

۲- **عرف قولی:** عرف قولی آن است که مردم در گفتار شان به آن تعارف داشته باشند و آنکه مقصود شان در آن يك معنای معین غیر از معنای موضوع له باشد مانند: تعارف شان به اطلاق لفظ ولد بر مذکر بدون مؤنث و یا اطلاق اسم لحم (گوشت) بر غیر گوشت ماهی و یا اطلاق اسم دابه (جنبنده) بر حیوانات که چهارپای اند با آنکه این لفظ در اصل وضعش اسم هر آن چیزی است که در زمین حرکت داشته باشد.

۳- **عرف عام و خاص:** عرف عملی و قولی گاه عام می باشد در صورت شایع شدن و فاش شدنش در تمام کشور های اسلامی و گاه خاص به آنکه شیوع آن در يك منطقه بدون منطقه دیگر یا شیوع آن میان ارباب يك حرفه معین با صنعت معین خاص بوده باشد. از جمله عرف عملی خاص: در عراق و افغانستان تقسیم مهر به مؤجل و معجل. از جمله عرف قولی عام اطلاق لفظ دابه: بر چهار پایان است که آن را بر انسان اطلاق نمی کنند و همچنین تعارف شان بر استعمال لفظ طلاق بر ازاله رابطه زوجیت (زنا شوهری) و از جمله عرف قولی خاص الفاظ اصطلاحی اهل علوم و صاحبان حرفه و صنعت ها است که مقصود شان در وقت اطلاق معانی اصطلاحی بدون معانی لغوی می باشد.

۴- **عرف صحیح:** عرف صحیح آن است که مخالف هیچ نص از نصوص شریعت نباشد و نه آنکه مصلحت معتبره از آن فوت شود و یا مفسده جلب شود مانند: تعارف مردم به آنچه شخص خاطب (خواستگاری کننده) به مخطوبه (نامزدش) از لباس و امثال آن تقدیم می کند که هدیه تلقی می گردد نه مهر یا مانند: تعارف شان در وقت عقد مهر به فراخواندن اکثر مردم و تقدیم نمودن شیرینی به ایشان.

۵- **عرف فاسد:** عرف فاسد آن است که مخالف نص شارع باشد یا آنکه ضرر را جلب نموده مصلحت را دفع سازد مانند: تعارف مردم به استعمال نمودن و کارگذاری به عقد های باطل مثل: قرض خواهی به سود.^{۳۴۴}

از نص این ماده ۲ ق. م به خوبی استنباط می گردد که اگر قواعد قانون یا حکمی در فقه حنفی وجود نداشته باشد، قاضی محکمه ذیصلاح می تواند مطابق عرف عمومی حکم نماید. بنابراین، عرف عمومی می تواند یکی از منابع حقوق مدنی را تشکیل دهد. باوجوداین، در عرف و عادات منعیث منبع ای حقوق مدنی شرط است اینکه: اولاً: عرف و عادات مخالف احکام قانون نباشد؛ ثانیاً: عرف و عادات مخالف اساسات عدالت نباشد. ثالثاً: عرف عمومی باشد. پرسش این است که عرف مخالف احکام قانون کدام عرف ها است؟ عرف عمومی چیست؟ عدالت چیست؟ و منظور از اساسات عدالت در این ماده چیست؟

در پاسخ به پرسش اول باید گفت در خصوص عرف های مخالف احکام قانون تعریفی وجود ندارد. به نظر می رسد منظور از عرف های مخالف احکام قانون عرف های اند که با نصوص قوانین متعارض اند. به نظر می رسد در ساحت حقوق مدنی بد دادن دختران، محروم نمودن زنان از حق ارث و نظیر اینها از مصادیق عرف های مخالف قانون است. در اصول فقه از چنین عرف ها، به نام عرف های فاسد یاد می نمایند و در تعریف آن می گویند: عرف فاسد آن است که مخالف نص شارع باشد یا آنکه ضرر را جلب نموده مصلحت را دفع سازد مانند: تعارف مردم به استعمال نمودن و کارگذاری به عقد های باطل مثل: قرض خواهی به سود.^{۳۴۵}

در پاسخ به سؤال دوم برخی حقوقدانان می گویند که: عرف عام روشی است که همه یا بیشتر مردم در زمان و مکان زندگی و دانش و زبان و رنگ و نژاد آن را پذیرفته اند.^{۳۴۶} برخی متخصصین اصول فقه در تعریف عرف عمومی می گویند: عرف عملی و قولی گاه عام می باشد در صورت شایع شدن و فاش شدنش در تمام کشور های اسلامی و گاه خاص به آنکه شیوع آن در يك منطقه بدون منطقه دیگر یا شیوع آن میان ارباب يك حرفه معین با صنعت معین خاص بوده باشد.^{۳۴۷}

با توجه به تعریف عرف عام به نظر می رسد پیدا کردن مصادیق عرف عام در افغانستان بسیار مشکل به نظر می رسد، زیرا نخست این که عرف ها معمولاً بدون نیستند تا قضات آن ها را فرا گیرند؛ دوم این که در افغانستان اقوام مختلف زندگی می نمایند و عرف و عادات این اقوام از یک ولایت تا ولایت دیگر متفاوت است و بنابراین مردم هر ولایت تقریباً تابع عرف و عادات خاص اند. سوم این که قانونگذار مدنی به قضات اجازه نمی دهد به عرف های خاص استناد نمایند. لذا، ماده ۲ ق. م ساحت عرف و عادات و استناد به عرف و عادات را بسیار محدود ساخته است و قضات نمی توانند به عرف های خاص استناد نمایند که محل ایراد به نظر می رسد.

در پاسخ به سؤال سوم باید که گفت عدالت در لغت به معنی دادگری، تعادل، انصاف داشتن و عادل بودن، انصاف و برابری است.^{۳۴۸} در اصطلاح تعاریف متعدد راجع به عدالت وجود دارد. از نظر ارسطو عدالت به معنای عام شامل تمام فضایل است، زیرا هر کس به کار ناشایست ای دست زند ستم کرده است. او می گوید: فضیلت انسان به دو آفت بزرگ افراط و تفریط گرفتار است که باید از هر دو پرهیز کرد و میانه روی و اعتدال را در پیش گرفت. ارسطو عدالت را به معنی خاص برابر داشتن اشیاء و اشخاص می داند و می گوید: «عدالت آن است که بر هر کس آنچه را که حق او است داد.».

۳۴۵. جهت مطالعه بیشتر در مورد عرف و عادات در اسلام ر. ک: همان، عبدالکریم زیدان، صص ۲۳۰-۲۷۱.

۳۴۶. سید محمد تقی علوی (۱۳۸۳). عرف و عادات در حقوق اسلام و ایران، دانشگاه تبریز، ص ۳۸.

۳۴۷. جهت مطالعه بیشتر در مورد عرف و عادات در اسلام ر. ک: عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران:

انتشارات احسان، صص ۲۳۰-۲۷۱.

ارسطو سپس عدالت را به عدالت معاوضی و توزیعی تقسیم یم کند. مقصود از عدالت معاوضی، تعادل میان دو عوض در معامله است به گونه ای که یکی از دو طرف قرارداد نتواند به بهای فقر دیگری ثروتمند شود یا هر دو عوض را به دست آورد. اما، عدالت توزیعی مربوط به تقسیم ثروت و مناصب اجتماعی است و ناظر بر زندگی عمومی و نقش دولت است. سیسرون در تعریف عدالت می گوید: «عدالت آن است که باید هر کس آنچه را سزاوار است داد مشروط بر این که به منافع عمومی زیان نرسد.»^{۳۴۹} اگوستین: «عدالت را مبتنی بر عشق بر خیر اعلی یا خدا می داند.»^{۳۴۹}

در پاسخ به سؤال چهارم باید گفت که قید اساسات عدالت در ماده ۲ ق. م بی فایده به نظر می رسد. زیرا، خود عدالت یک مفهوم فلسفی است و در مورد آن تعریف واحدی وجود ندارد. پس، زمانی که نتوان خود عدالت را که مفهوم فلسفی است تعریف نمود، چگونه می توان مصادیق اساسات را آن تعیین نمود. آنچه در ماده ۲ قانون مدنی مصر پیش بینی شده است مناسب تر از ماده ۱ ق. م به نظر می رسد. زیرا، مفهوم حقوق طبیعی به رغم پیچیدگی های آن واضح تر و روشن تر از اساسات عدالت است. ماده ۱ قانون مدنی مصر در این باره می گوید: «۱- احکام قانون از حیث لفظ و مضمون بر کلیه موضوعات مشمول حاکمند؛ ۲- در صورت نبود قانون قابل اجراء، قاضی به اقتضای عرف و در صورت نبود عرف به اقتضای اصول شریعت اسلامی و در صورت نبودن چنین اصولی، به اقتضای حقوق طبیعی و قواعد عدالت حکم صادر خواهد کرد.»^{۳۵۰} از آنچه گفته شد، نتایج ذیل به دست می آید:

۱) در ماده ۲ ق. م برخی منابع مورد استناد حکم شناسایی شده است. این منابع عبارت اند از قانون، احکام فقه حنفی و عرف عمومی. باوجوداین، در این ماده برخی منابع دیگر حقوق مدنی که قاضی می تواند در صدور حکم به آنها استناد نماید، مانند اصول کلی حقوق و رویه قضایی مغفول مانده است در حالی که طبق رویه های عملی اصول کلی حقوق و رویه قضایی منابع مهم دیگری اند که قاضی می تواند در صدور حکم به آنها استناد نماید.

۲) قانونگذار مدنی سلسله مراتب میان منابع حقوق مدنی را معین نموده است که عبارت اند از: قانون، در صورت نبود قانون، احکام فقه حنفی و در صورت مسکوت بودن احکام فقه حنفی عرف عمومی. منتها، در استناد به عرف شرط است که عرف مخالف احکام قانون و عدالت نباشد و عرف عمومی باشد. ماده ۱ و ۲ ق. م. ۱ با برخی تفاوت ها متأثر از ماده ۱ ق. م. ج. م است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده های ۱ و ۲ ق. م شناسایی منابع حل و فصل دعاوی مدنی و سلسله مراتب میان این منابع برای قضات است. در خصوص این ماده مصوبه ستره محکمه نیز وجود دارد که در ذیل نقل می گردد.

۳۴۹. حفیظ الله زکی (۱۳۸۴). گفتمان عدالت در اسلام و مکاتب دیگر، ماهنامه عدالت، شماره بیست و هفتم، صص ۶۳-۶۶.
۳۵۰. محمد علی نوری (۱۳۸۸). ترجمه قانون مدنی مصر، چاپ اول، تهران: گنج دانش، ص ۱۵.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۱):

(عرف عمومی) مندرج ماده (۲) قانون مدنی توضیح شود که عرف یک ولسوالی یا یک ولایت است.

توضیح:

منظور از عرف عمومی مندرج ماده (۲) عرفی است که محدود به یک صنف و محل نمی باشد و اکثریت مردم منطقه آن را تأیید می کنند. اگر در پهلوی مطلب فوق مواد (۷۲۱-۷۲۲) قانون مدنی مطالعه گردد مفهوم عرف عمومی واضح می شود.

عرف به معنی روش مستمر قوم یا مردم محیط است که در معاملات از آن پیروی می نمایند و آن را عادت هم می نامند. در اصطلاح فقها از عرف عام و عرف خاص تذکر داده شده است. در تحقق مفهوم عرف دو روش موجود است. یکی آن است که یک عمل در تعامل همه مردم شایع و قبول شده باشد و دیگر آن که چنین تعریف گردیده که اکثر مردم آن را قبول نموده باشد اولی عرف شایع و دومی عرف عام نامیده می شود. عرف خاص عبارت از عرف متداول در محل معین و یا متداول بین صنف و دسته معین می باشد.^{۳۵۱}

همچنین، ماده ۲ اصولنامه تجارت در خصوص عرف و عادات می گوید: «مسایل تجارتي ذريعه مقاوله نامه های معتبره قانونی و در صورتی که چنین مقاوله موجود نباشد به موجب صراحت و یا دلالت قوانین تجارتي حل و فصل می گردد. اگر به این ترتیب حل و فصل شده نتواند عرف و عادات تجارتي تطبیق می گردد. عرف و عادات محلی و خصوصی بر عرف و عادات عمومی ترجیح داده می شود. در صورت نبودن عرف و عادات احکام قوانین دیگری که به آن استناد می شود تطبیق می گردد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

(۱) مسایل تجارتي ذريعه مقاوله نامه های معتبره قانونی حل و فصل می گردد. به حیث مثال، اگر احمد تاجر علیه حمیده تاجر دعوی تجارتي داشته باشد، محکمه تجارتي باید قرارداد تجارتي میان احمد و حمیده را تطبیق نماید.

(۲) در صورتی که مقاوله موجود نباشد به موجب صراحت و یا دلالت قوانین تجارتي حل و فصل می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، قرارداد میان احمد و حمیده وجود نداشته باشد، محکمه تجارتي مکلف است قوانین تجارتي را تطبیق نماید.

(۳) اگر قوانین تجارتي حکمی نداشته باشد، عرف و عادات تجارتي تطبیق می گردد.

(۴) عرف و عادات محلی و خصوصی بر عرف و عادات عمومی ترجیح داده می شود.

همچنین، طبق ماده ۴۹۸ ق. ا. م. م: «قاضی باید علاوه بر احاطه کامل بر قوانین نافذ کشور و احکام شریعت اسلامی بر عرف، عادات و عنعنات عمومی جامعه وقوف کافی داشته باشد.» نص این ماده قاضی را مکلف به دانستن قوانین، شرع و عرف و عادات نموده است.

اما، در ساحة حقوق عامه، چنانچه تفصیل آن خواهد آمد، عرف و عادات منابع حقوق عامه را تشکیل نمی دهد. در ساحة حقوق مالیه هیچ عرف و عادت وجود ندارد. در حقوق اداری با توجه به اصل حاکمیت قانون و اصل عدم صلاحیت عرف و عادات وجود ندارد. در ساحة حقوق جزا نیز با توجه به اصل قانونیت جرایم و مجازات ها عرف و عادات وجود ندارد. در ساحة حقوق کار نیز عرف و عادت وجود ندارد.

فصل پانزدهم: اصول کلی حقوق و فرق اصل با قاعده

منبع دیگر حقوق افغانستان با توجه با تأثیر پذیری آن از نظام حقوقی رومن ژرمنیک، اصول کلی حقوق است:

مبحث اول) تعریف

گفتار اول) معنی لغوی

اصل به معنای هر چیزی است که بتوان چیز را بر آن مبتنی ساخت یا دیگر چیزها به آن نیاز داشته باشد. همچنین، اصل در لغت به معنی بیخ، ریشه، علت، سبب، پدر، تبار، سرچشمه و اساس است.

گفتار دوم) تعریف فقهی

در اصطلاح فقهی میان فقهاء در مورد اصل تعریف واحد وجود ندارد. فقهاء تعاریف ذیل را برای اصل ارایه کرده اند:

۱) راجح: چون عرب گوید: «الاصل الحقیقت = اصل حقیقت است» به این معنی است که حقیقت رجحان دارد و راجح است. بنابراین، به هنگام تعارض میان حقیقت و مجاز می گویند، حقیقت اصل یعنی راجح است.

۲) قاعده: چنانچه گویند: «الاصل رفع الفاعل = اصل در فاعل رفع است» به این معنی است که قاعده این است که فاعل مرفوع است، مانند: سعیدٌ یقرأ القرآن.

۳) دلیل: چنانچه گویند: «الاصل فی هذا الحکم الكتاب = اصل در باره این حکم کتاب است».

۴) اصل در مقابل فرع: چنانکه گویند: «اصل النبیذ الخمر = اصل نبید خمر است».

۵) مستصحب: چنانکه به متهمی که در مورد تهمت او تردید وجود داشته باشد، گویند: «اصل در انسان برائت است». مفهوم این عبارت این است که ما به ابقای وضع پیشین انسان که برائت است حکم کرده ایم.

۶) ادله: در فقه مراد از اصل ادله احکام است که عبارت از قرآن، سنت، اجماع و قیاس می باشند.

۷) مهم تر: از امر مهم تر نسبت به امر ثانوی یا امر ملحق به آن نیز اصل تعبیر می کنند.^{۳۵۲}

گفتار سوم) تعریف حقوقی

حقوقدانان تعاریف ذیل را برای اصول کلی حقوق ارایه کرده اند:

۱) تعریف هرمان بکر: هرمان بکر حقوقدان اتریشی که با دیدی جامعه شناسانه سعی در تحلیل نهادها و مفاهیم حقوق دارد، در تعریف اصول کلی حقوق می گوید: «اصول کلی حقوق، قواعد نانوشته ای است که در یک جامعه معین، از سوی وجدان عمومی، به منزله قانون، پذیرفته شده اند.» تعریف مزبور، تنها به قواعد نانوشته حقوق، عنوان اصول کلی حقوقی اطلاق می نماید و بخش عمده ای از واقعیت را به همراه دارد زیرا کم نیستند اصول کلی حقوقی که هنوز نانوشته باقی مانده اند و اعتبار آنها در میان اقشار جامعه بیش از قوانین موضوعه است. اما این تعریف با سه ایراد مواجه است:

۱- اصول کلی حقوق نانوشته اند، در حالی که امروزه اکثر اصول کلی حقوق به صورت نوشته در آمده اند.

۲- اصول کلی حقوق مورد پذیرش وجدان عمومی اند. وجدان عمومی را برخی نویسندگان مانند لئون دوگی موهوم می پندارد و برخی می گویند که: «وجدان عمومی مجموعه باورها و احساسات مشترک در بین حد وسط اعضای یک جامعه است.» هرگاه وجدان عمومی را باورها و احساسات کل اعضای جامعه بدانیم، اصولی که مورد توافق دانشمندان حقوق است از این تعریف خارج می شود.

۳- این تعریف هم بر اصول کلی حقوق و هم بر عرف قابل انطباق است زیرا عرف نیز چیزی جز قواعد نانوشته نیست در حالی که عرف و اصول کلی حقوق دو منبع مستقل و جداگانه اند.

۲) تعریف کاهن فرود، لوی و رادن: حقوقدانان مزبور بر این باور اند که: «اصول کلی حقوق، اصولی هستند که راهنمای قانونگذار (در وضع قوانین)، قاضی (در مقام صدور حکم) و مفسر (در تفسیر قوانین) هستند.» این تعریف نیز قابل ایراد است زیرا در این تعریف ماهیت و طبیعت اصول کلی حقوق مبهم باقی مانده و به اهمیت آن توجه شده است در حالی که در یک تعریف باید به ماهیت و طبیعت یک مفهوم توجه شود نه به اهمیت آن.

۳) لئون دوگی: لئون دوگی از اصول به «بنیادها و هنجارها» تعبیر می کند و آنها را اصولی می داند که ریشه همه قواعد حقوقی قرار گرفته و محصول دو عنصر تعاون اجتماعی و احساس عدالت می داند. او معتقد است که ساختمان حقوق خصوصی، تنها سه اصل کلی وجود دارد: اصل احترام به مالکیت فردی، اصل آزادی قراردادی و اصل جبران خسارت.

۳۵۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۳۱۲-۳۱۶؛ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۱)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، صص ۴۲۱.

تعریف دوگی با این ایراد مواجه است که از میان اصول کلی که در حقوق خصوصی وجود دارد صرف سه اصل محصول همبستگی و میل حقوقی مردم است دیگر نمی توان سایر اصول را حاصل تعاون اجتماعی دانست. گذشته از این، برخی اصول انعکاسی از یک امر طبیعی، برخی مبتنی بر اخلاق و بعضی از آنان برگرفته شده از عقل و منطق هستند.^{۳۵۳} ایراد دیگری که بر این تعریف وارد می شود این است که در این تعریف اصول کلی حقوق همان هنجار حقوقی است در حالی که خواهیم دید که میان اصول کلی حقوق و هنجار (قاعده حقوقی) تفاوت وجود دارد.

۳) تعریف دکتر جعفر تبار: دکتر جعفر تبار در تعریف اصول کلی حقوق می گوید: «اصول کلی حقوق قواعد کلی اند که در تمام نظام های حقوقی پذیرفته شده اند و شامل اساسی ترین احکام حقوقی اند و بر تمام احکام جزئی حقوق حاکم اند.» این تعریف با دو ایراد مواجه است: نخست این که این تعریف ناظر بر اصول مشترک در تمام نظام ها است در حالی که برخی اصول جهانی و برخی مربوط نظام های خاص است چنانچه ریپر حقوقدان فرانسوی تهیه فهرستی از اصول کلی حقوق و ذکر مصادیق آن را ناممکن و بیهوده می داند. دوم این که در این تعریف اصول و قاعده مترادف استعمال شده در حالی که میان این دو، چنانچه خواهیم دید، تفاوت وجود دارد.

۴) تعریف ژان بولانژه: بولانژه، اصل حقوقی را ایده ای اصلی می داند که مجموعه مواد قانونی حول آن ارایه می شود و به تعبیر دیگر نظم خاصی است که براساس آن، قواعد حقوق شکل می پذیرد.» این تعریف نقایص تعاریف گذشته را ندارد و نسبت به آنها جامع تر است، اما از آنجا که فاقد ویژگی های ممیز اصول است، به برخی نهاد های مشابه نیز صدق می کند به عنوان مثال، روح قانون نیز گاه به عنوان ایده اصلی تشکیل دهنده چند قاعده حقوقی است.

۵) تعریف محسن صادقی: محسن صادقی حقوقدان ایرانی با بر شمردن خصوصیات اصول کلی حقوق، در تعریف اصول کلی حقوق می گوید: «اصول کلی حقوق، اصولی کلی و دایمی هستند که منشأ وضع چند قاعده جزئی و نماینده ارزش های حقوقی حاکم بر جامعه به شمار می آیند.» برای دفاع از این تعریف، آقای صادقی بر این نظر است که وصف «کلی بودن» اصول حقوق را از مسائل جزئی و موردی حقوق متمایز می سازد. قید «دایمی بودن» اصول را از قواعد حقوقی جدا می کند. «منشأ وضع چند قاعده جزئی تر» بودن، وصف منبع بودن آن را نشان می دهد و بخش آخر تعریف نیز روشنگر بار ارزشی اصول کلی حقوق است.^{۳۵۴}

این تعریف بیشتر به خصوصیات اصول کلی حقوق توجه داشته است نه کنه و ماهیت آن در حالی که در یک تعریف نخست باید، چنانچه آقادی صادقی معتقد است، به کنه و ماهیت پدیده توجه شود و سپس

خصوصیات آن بر شمرده شود. تعریف دقیق تری که شاید بتوان برای اصول کلی ارایه کرد این است که: اصل امری است که رفع تکلیف از مکلف می کند و در صورت ابهام به آن مراجعه می شود. به حیث مثال، هرگاه تردید شود که شخص مجرم است یا خیر، اصل بر برائت او از ارتکاب جرم است، مگر اینکه جرم او در محکمه ذیصلاح توسط ثارنوال ثابت شود؛ یا هرگاه شخص بداند که یک عمل جرم است یا خیر، اصل بر عدم جرم بودن عمل است مگر اینکه آن عمل توسط قانون جرم پنداشته شود؛ یا هرگاه شخص بخواهد حل و حرمت اشیاء را بداند، اصل بر اباحه اشیاء است مگر اینکه شی به موجب نص حرام گردیده باشد؛ یا هرگاه دعوی واقع شود که عقد صحیح و لازم است و موضوع عقد عاری از عیب است، اصل صحت، لزوم عقد و سلامت مبیعه از عیب است. دلیل دیگر که به نظر می توان برای اصل و اصل های کلی حقوق ارایه کرد این است که: «الاصل دلیلٌ حیثٌ لا دلیل» (اصل دلیلی است که زمانی به آن استناد می شود که دیگر دلیل و وسایل اثبات وجود نداشته باشد). به حیث مثال، طبق ق. م و ق. ا. م و وسایل اثبات عبارت اند از: اسناد، شهود، اقرار، سوگند و قراین. در صورت نبود این وسایل مدعی و مدعی علیه می توانند به اصول مراجعه نمایند. به حیث مثال، در صورت اقامه دعوی ملکیت علیه احمد، احمد می تواند به اصل استصحاب، اصل ید و نظیر اینها مراجعه نماید. در صورت ارتکاب قتل توسط احمد، احمد می تواند به اصل برائت استناد نماید.

مبحث دوم) تقسیمات اصول کلی حقوق

گفتار اول) تقسیم بندی برخی اصول در حقوق افغانستان

برخی حقوقدانان با توجه به ملاک های مختلف اصول کلی حقوق را به شرح ذیل دسته بندی کرده اند:

- ۱- اصول حقوقی مذکور در قوانین و اصول فراقانونی، اصول حقوقی زاینده و اصول حقوقی عقیم، اصول حقوقی فراملی (مشترک) و اصول حقوقی ملی، اصول حقوقی ماهوی اصول حقوقی شکلی و اصول حقوقی ثابت و اصول حقوقی تغییر پذیر.^{۳۵۰} به نظر می رسد، به طور کلی، احصاء نه حصراً اصول کلی حقوق افغانستان به دو دسته اند:

۱) اصولی کلی حقوق مصرح در قوانین: برخی اصول کلی حقوق وجود دارند که علاوه بر این که

اصل اند، در قوانین نیز پیش بینی شده اند. برخی از این دسته از اصول کلی حقوق عبارت اند:

۱- اصل برائت. تفصیل اصل برائت در مبحث حق های اساسی شهروندان خواهد آمد.

۲- اصل عدم رجعت قانون به ماقبل: اصل عدم رجعت قانون به ماقبل (عطف به ما سبق نشدن

قانون) یکی از اصول عمده حقوق عامه است. طبق ماده ۱۰ فقره دوم ق. م: «احکام قانون به ماقبل رجعت نمی کند، مگر در حالاتی که در خود قانون تصریح شده یا احکام آن متعلق به نظام عامه باشد». از نص این ماده یک قاعده و دو استثناء استنباط می گردد. اصل این است که احکام قانون به ماقبل رجعت نمی

کند، زیرا قانون مسایلی را که از زمان نشر آن مطرح اند تنظیم می نماید. استثنای اول این اصل رجعت دادن قانون به ماقبل (گذشته) توسط قانونگذار است.

بنابراین، در صورتی که در خود قانون پیش بینی شده باشد، که قانون به گذشته رجعت می کند، قانون از تاریخی که قانونگذار معین نموده است به گذشته رجعت می کند. استثنای دوم این است که احکام قانون مربوط به نظام عامه باشد. پرسش این است که نظام عامه چیست؟ در پاسخ به این پرسش به نظر می رسد هم دانشمندان حقوق مدنی، هم دانشمندان حقوق عامه و هم دانشمندان حقوق بین الملل خصوصی نظم عمومی را می شناسند، اما از ارایه تعریف قانع کننده در مورد آن عاجز به نظر می رسند.

به حیث مثال، کاپیتان حقوقدان فرانسوی در تعریف نظم عمومی می گوید: نظم عمومی مجموعه تأسیسات و قوانینی است که به منظور حسن جریان امور عامه و یا برای تأمین و رعایت روابط افراد جامعه مقرر شده است و افراد نمی توانند برخلاف آن قرارداد منعقد نمایند.^{۳۵۶} این تعریف همانطور که داکتر لنگرودی معتقد است اگر بر ابهام نظم عمومی نیافزاید، اجمال آن را رفع نمی کند و گره ای نمی گشاید.^{۳۵۷} داکتر محمد نصیری حقوقدان ایرانی در تعریف نظم عمومی می گوید: «مجموع تأسیسات و قواعدی که در کشور به منظور حفظ حسن جریان خدمات عمومی، امنیت و فضیلت اخلاقی در روابط مردم بر قرار شده و افراد اصولاً نمی توانند به وسیله قرارداد آنها را نقض نمایند نظام عامه نامیده می شود.^{۳۵۸}

این تعریف نیز مشکلی را حل نمی نماید و مورد توافق دانشمندان حقوق قرار نگرفته است و شبیه تعریف کاپیتان حقوقدان فرانسوی است. ماده ۲ بند قانون پولیس منتشره جریده رسمی شماره ۹۹۴، مؤرخ ۱۳۸۸ / ۶ / ۵ در تعریف نظم عامه می گوید: «نظام عامه: آرامش اجتماعی است که طبق احکام قانون توسط پولیس تأمین می گردد.» این تعریف نیز مبهم به نظر می رسد و بیانگر ماهیت نظام عامه نیست. به نظر نمی رسد که نظام عامه آرامش اجتماعی باشد. برخی دیگر در تعریف نظام عامه می گویند: نظم عمومی بر وضعیت عادی و حسن جریان جامعه اطلاق می گردد.^{۳۵۹} برخی دیگر می گویند: نظم عمومی رفاه عمومی جامعه است.^{۳۶۰}

با توجه به ابهام در تعاریف، بسیاری از دانشمندان حقوق مدنی، حقوق عامه و حقوق بین الملل سعی می نمایند، نظم عمومی را از طریق مصادیق آن تعیین و تعریف نمایند. در حقوق مدنی ارایه مثال های نظام عمومی که طرفین قرارداد نمی توانند برخلاف آنها توافق نمایند واضح است مانند قرارداد های مربوط

۳۵۶. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۷). تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم: تهران: گنج دانش، ص ۲۱۴.

۳۵۷. همان، محمد جعفر جعفری لنگرودی، ص ۲۱۴.

۳۵۸. محمد نصیری (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، ص ۱۸۸.

به تغییر جنسیت، قتل، عدم تغییر در احکام عقد ازدواج مانند دادن مهر و نفقه و نظیر اینها. از آنچه در خصوص نظم عمومی گفته شد، به نظر می‌رسد نخست این که: نظم عمومی اصطلاح مبهم، بسیار کلی، گمراه‌کننده و پیچیده است و در مورد آن تعریف واضح و قابل فهم وجود ندارد. دوم این که مصادیق نظم عمومی در حقوق واضح نیست. نص این ماده ۱۰ ق. م محل ایراد به نظر می‌رسد. زیرا، به نظر می‌رسد که قوانین مربوط به نظام عامه به صورت خودکار به ماقبل رجعت نمی‌نماید، زیرا این امر برای دولت موجب ایجاد مشکلات می‌گردد.

به حیث مثال، هرگاه قانون سابق مقدار معاش کارکنان را تعیین نموده باشد و قانون لاحق نافذ گردد و مقدار معاش کارکنان را افزایش دهد، در این صورت مطابق قانون جدید، کارکنان می‌توانند مقدار معاش اضافی را که در قانون سابق پیش بینی نشده بود ادعا نمایند. مثال دیگر: هرگاه قانون سابق مقدار و فیصدی پرداخت مالیات توسط کارکنان را تعیین نموده باشد و قانون لاحق این مقدار و فیصدی را افزایش دهد. در این صورت، قوانین مالیاتی که مربوط به نظام عامه است موجب می‌شود که کارکنان تفاوت مقدار مالیات را پرداخت نمایند. همچنین است قوانین مربوط به اخذ محصول و عوارض گمرگی توسط دولت.

۳- اصل بی‌خبری از قانون عذر پنداشته نمی‌شود: اصل بی‌خبری از قانون یکی دیگر از اصول عمده حقوق عامه به خصوص حقوق جزا است. طبق ماده ۵۶ ق. ا: «پیروی از احکام قانون اساسی، اطاعت از قوانین و رعایت نظم و امن عامه و جیبه تمام مردم افغانستان است. بی‌خبری از احکام قانون عذر دانسته نمی‌شود». از نص این ماده دو قاعده استنباط می‌گردد:

نخست این که اتباع افغانستان مکلف به پیروی و اطاعت از قانون اساسی، قوانین، نظم و امن عامه اند. عبارت قوانین را باید در این ماده تفسیر وسیع نمود و بر همه اسناد تقنینی سرایت داد تا مقررات، فرامین تقنینی، لوایح و طرزالعمل‌ها را در بر بگیرد. تعریف نظام عامه گذشت.

دوم این که پیروی و اطاعت از قوانین مستلزم این است که اتباع از قوانین در مفهوم عامه آگاه باشند. به نظر می‌رسد به همین سبب، قانونگذار اساسی در بند دوم این ماده تصریح می‌نماید که بی‌خبری از قانون عذر پنداشته نمی‌شود. مردم به دو صورت از موجودیت قانون مطلع می‌شوند. اطلاع واقعی و اطلاع فرضی. هرگاه اطلاع واقعی مردم را مدنظر بگیریم، اجرای قانون در عمل با مشکل مواجه می‌شود، زیرا هر کس می‌تواند ادعا نماید که از قانون آگاه نبوده است.

از همین رو، در علم حقوق اطلاع فرضی مدنظر قرار می‌گیرد؛ به این توضیح که: با انتشار قانون در جریده رسمی فرض بر این گرفته می‌شود که مردم از موجودیت قانون مطلع شده‌اند. با قبول اطلاع فرضی به عنوان یک قاعده عام، مردم سعی خواهند کرد که همیشه از انتشار جریده رسمی اطلاع یافته و از قوانین و مقررات انتشار یافته در جریده رسمی با خبر شوند.

به حیث مثال، اگر احمد مالیه نپردازد و سپس به دلیل عدم پرداخت مالیه مورد محاکمه و مجازات قرار بگیرد، احمد نمی‌تواند ادعا نماید که از قوانین آگاهی نداشته است. همچنین، اگر حمیده جمیله را به قتل

برساند حمیده نمی تواند ادعا نماید که از قوانین جزایی آگاهی نداشته است. اهمیت بند اخیر این ماده این است که از طریق این تکلیف اتباع از موجودیت قانون آگاه می شوند و حقوق و تکالیف خویش را می دانند و نمی توانند ادعا نمایند که از قانون بی خبر بوده اند و مسئولیت حقوقی ندارند.

۴- اصل شخصی بودن جرایم و مجازات ها: تفصیل اصل شخصی بودن جرایم و مجازات در مبحث حق های اساسی شهروندان خواهد آمد.

۵- اصل منع جمع مشاغل دولتی: اصل منع جمع مشاغل عمومی که اصل مانعة الجمع بودن مشاغل عمومی نیز نامیده می شود، یکی از اصول حقوق عامه به ویژه حقوق اداری و اساسی است. طبق این اصل مأمور دولت نمی تواند در عین زمان دو سمت دولتی را احراز نماید. فلسفه اصل جمع منع مشاغل دولتی این است که اولاً به تجربه ثابت شده است که یک شخص قادر نخواهد بود دو کار را همزمان به طور درست و کامل انجام دهد؛ ثانیاً در صورتی که یک نفر دو سمت را احراز نماید، این امر باعث بیکاری عده دیگر از مردم می شود؛ و ثالثاً اگر یک شخص دو کار را انجام دهد، مستحق دو معاش و امتیازات می شود.

این اصل در ق. انیز پیش بینی شده بود. ماده ۱۵۲ ق. ادر این مورد حکم می نمود: «رئیس جمهور، معاونین رئیس جمهور، وزرا، رؤسا و اعضای شورای ملی و ستره محکمه، لوی څارنوال و قضات نمی توانند در مدت تصدی و وظیفه به مشاغل دیگری اشتغال ورزند». اگرچه در این ماده صرف رئیس جمهور، معاونین رئیس جمهور و ... ذکر شده است، اما این ماده به سایر کارکنان خدمات ملکی نیز تسری می نماید.

۶- اصل تفهیم اتهام و داشتن وکیل مدافع: تفصیل این اصل در مبحث حق های اساسی شهروندان خواهد آمد.

۷- اصل کرامت انسانی: تفصیل این اصل در مبحث حق های اساسی شهروندان خواهد آمد.

۸- اصل منع شکنجه: تفصیل این اصل در مبحث حق های اساسی شهروندان خواهد آمد.

۹- اصل بهره مندی از مترجم: طبق ماده ۱۳۵ ق. ا: «اگر طرف دعوا زبانی را که محاکمه توسط آن صورت می گیرد، نداند، حق اطلاع به مواد و اسناد قضیه و صحبت در محکمه به زبان مادری، توسط ترجمان برایش تامین می گردد». اصل بهره مندی مترجم ناظر بر اصول محاکمات است. این اصل باید در سراسر محاکمه از تحقیق گرفته تا صدور حکم رعایت شود. این اصل و حق مربوط به خارجی های است که زبان های رسمی دولت افغانستان را نمی فهمند. به حیث مثال، اگر جان یک تبعه جرمنی در افغانستان به ظن ارتکاب جرم محاکمه شود و زبان های محاکمه را که عبارت اند از دری و پشتو است نداند، جان حق اطلاع به مواد و اسناد مربوط به قضیه، صحبت به جرمنی و داشتن ترجمان را دارد.

۱۰- اصل برخورداری از محکمه باصلاحیت، مستقل، بی طرف و قانونی: این اصل در ماده ۱۲۲ ق. ا تضمین شده است که تفصیل آن در فصل عرف و عادات گذشت.

۱۱- اصل صلاحیت انحصاری مراجع قضایی: این اصل در ماده ۱۲۲ ق. ا تضمین شده است که تفصیل آن در فصل عرف و عادات گذشت.

۱۲- اصل علنی بودن محاکمه: طبق ماده ۱۲۸ ق. ا: «در محاکم افغانستان، محاکمه به صورت علنی دایر می‌گردد و هر شخص حق دارد با رعایت احکام قانون در آن حضور یابد. محاکمه می‌تواند در حالتی 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.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است: نخست این که اصل این است که محاکمه باید به صورت علنی دایر شود و هر شخص بتواند در آن حضور یابد. علنی در لغت به معنی آشکارا و هویدا است. ۳۶۱

به حیث مثال، تمام دعاوی مربوط به اشخاص، تعهدات و قراردادها، فامیل، اموال، میراث، تجارتی، جزایی و نظیر اینها باید در محاکم مدنی و جزایی علنی باشد و شهروندان بتوانند در آن اشتراک نمایند. دوم این که به طور استثنایی محاکمه می‌تواند به صورت سری دایر شود و آن در صورتی است که در قوانین تصریح شود. یکی از مثال و مصداق حالتی که در ق. م سری بودن پیش بینی شده است رسیدگی به قضایای تخلفات اطفال است. ماده ۳۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال در این خصوص می‌گوید: «(۱) رسیدگی به تخلفات قانونی اطفال طور سری و ابلاغ حکم در هر حالت به صورت علنی صورت می‌گیرد.» سوم این که سری بودن محاکمه ضروری تشخیص گردد که در این صورت نیز اعلان حکم باید علنی باشد.

به حیث مثال، اگر حمیده علیه محمود ادعای عنینیت و مقطوع بودن آلت تناسلی و تفریق را نماید، محاکمه می‌تواند به صورت سری دایر شود، زیرا عنینیت محاکمه موجب افشار سر یا راز محرمانه محمود می‌گردد. اهمیت اصل عنینیت این است که این اصل زمینه نظارت بیرونی بر اعمال محاکم را فراهم می‌نماید. همچنین، این اصل موجب می‌شود تا قاضی به دلیل نظارت بیرونی در صدور حکم از دقت لازم استفاده نماید.

۱۴- اصل تعدد مراحل رسیدگی: اجراءات جزایی در نظم حقوقی افغانستان در چهار مرحله: کشف و تعقیب، تحقیق، محاکمه، صدور حکم و اجرای حکم انجام می‌شود. کشف جرم از صلاحیت پولیس، تحقیق از صلاحیت خرنوالی، محاکمه از صلاحیت محاکم (ماده ۱۳۴ ق. ا) و تنفیذ حکم از صلاحیت حکومت است (ماده ۷۵ فقرة ۱ ق. ا). این امر به اندازه مهم است که امروزه به شکل یک اصل کلی حقوق در آمده است که به نام اصل ترتیب یا سلسله مراتب اجراءات جزایی است. اجراءات جزایی از مراحل مختلف تشکیل می‌شود. در این اجراءات ارگان‌های تعقیب، تحقیق، محاکم و اجرای حکم وظایف خود را انجام می‌دهند.

اصل این است که همه این مراحل در یک مقام یا مرجع جمع نشوند، بلکه مراجع مختلفی عهده دار انجام مراحل مذکور باشند. این امر نه تنها به دلیل تخصصی بودن هر کدام از مراحل مذکور، قابل توجه است، بلکه از جمله دیگر فواید آن، ایجاد امکان نظارت بر عملکرد های نهادی های قبلی است. به این ترتیب، احاله وظيفه تعقيب به پوليس، این امکان را فراهم می کند که خارنوال بر اقدامات آن نظارت کند، چنانکه بر اقدامات خارنوال نیز قضات محکمه ابتدائیه و بر عملکرد آنها قضات محاکم فوقانی نظارت نمایند. فایده دیگر این اصل این است که مانع تجمع قدرت اجرای عدالت جزایی در دست یک شخص و در نتیجه مانع از استبداد قضایی یا پولیسی می شود. توزیع قدرت اجرایی عدالت جزایی در امور جزایی، دارای همان فوایدی است که در تفکیک قوای مقننه، مجریه و قضائیه از یکدیگر است.^{۳۶۲}

۱۵- اصل قانونیت جرایم و مجازات ها: تفصیل این اصل در مبحث حق های اساسی شهروندان خواهد آمد.

۱۶- اصل برابری اتباع در برابر قانون: تفصیل این اصل در مبحث حق های اساسی شهروندان خواهد آمد.

۲) اصول فراقانونی: برخی از این اصول عبارت اند از:

۱- اصل تفکیک قوا: اصل تفکیک قوا: اصطلاح تفکیک قوا به نوشته های جان لاک، لرد بولین برگ و بالاتر از همه نویسنده فرانسوی مونتسکیو نویسنده کتاب روح القوانين باز می گردد، کتابی که وی در آن اعلام نموده است قدرت دولت باید به سه قوه مقننه، اجراییه و قضائیه تقسیم شود. هدف اصلی تفکیک قوا نخست از جهت منفی آن یعنی پرهیز از تمرکز قدرت در دست یک ارگان دولت است که می تواند منجر به اجرای غیرقابل کنترل آن توسط قوه مذکور و در نتیجه استبداد آن گردد. تمرکز قدرت یکی از خصوصیات است که در پادشاهی های مطلقه و در نظام های دیکتاتوری و کمیونیستی یافت می گردد.

در این زمینه می توان به اظهارات مادیسون^{۳۶۳} در مجله «Federalist Papers» شماره های ۴۷ و ۵۱ ارجاع داد که می گوید:

«جمع شدن تمام قوای مقننه، اجراییه و قضائیه، 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 عقیده ای منصفانه همان شکل دقیق استبداد است» و «تنها قدرت می تواند قدرت را کنترل کند».

این کلمات هنوز نیز تطبیق می شوند. سه شعبه سنتی قوای دولتی یعنی مقننه، اجراییه و قضائیه 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 می سازند. در نتیجه، جهت تأمین و تضمین این وظیفه و

۳۶۲. حسین غلامی (۱۳۸۵). مبانی حقوق و تطبیق عدالت جزایی در افغانستان، کابل: (___)، ص ۲۰۳.

۳۶۳. چارلز مادیسون یکی از بنیانگذاران قانون اساسی ایالات متحده امریکا است.

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.^{۳۶۴}

۲- اصل حاکمیت قانون: 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 در باره 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 مسؤول و پاسخگو می باشد.».

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 چرا که در صورت فقدان نظارت یک طرف ثالث و عدم اعمال نتیجه ای 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 گونه ای که هر کس مشمول قانون باشد. اگر قوه اجرائیه یا به عنوان مثال پادشاه به عنوان عالی ترین مقام مشمول قانون نباشد، به سختی می توان از حاکمیت قانون سخن گفت؛ زیرا امکان سوء استفاده مستبدانه از قانون، بدون هیچ پیامدی، وجود خواهد داشت.

در نگاهی نزدیک تر، ضرورت تفکیک قوا و استقلال قضایی را نیز می توان از توضیح دیسی استخراج نمود. هر سه قوه دولتی، یعنی قوای تقنینی، اجراییه و قضائیه، باید از یکدیگر جدا بوده و بسیار مهم تر آنکه باید دارای صلاحیت ها و وجایب جدا از هم باشند. بالاخره مقنن، قوانینی را تنظیم می کند که هم قدرت مجریان را محدود و هم آنها را در انجام اقداماتشان توانایی می بخشد.^{۳۶۵}

۳- اصل آزادی انعقاد عقود: اصل احترام به حاکمیت اراده طرفین و آزادی قراردادی که یکی از اصول حقوق مدنی است. طبق این اصل، افراد در انعقاد انواع عقود دو یا چندین جانبه آزاد هستند و در نتیجه کسی نمی تواند در این باره هیچ گونه محدودیتی را بر اراده آنها تحمیل کند. باوجواین، این اصل مطلق نیست و در ق. م در این باره یک سلسله قیود وجود دارد. این قیود عبارت اند از: نظام و آداب عامه و اخلاق حسنه. اما، در قرارداد های ادارای اصل بر تشریفاتی بودن قرارداد های ادارای است.^{۳۶۶}

۴- اصل ارایه خدمات عامه: خدمات نظریه «خدمات عمومی» در اثر لزوم تأمین خدمات عمومی در زندگی اجتماعی به وجود آمده و به مرور زمان تحولات بسیاری را پذیرفته است.^{۳۶۷} در گذشته خدمات عامه را مجموعه فعالیت های می دانستند که ادارت دولتی جهت رفع نیازهای عمومی مردم ارایه می نمود، مانند: تأمین آب، برق، احداث سرک، شفاخانه، تهیه زمین و امثال اینها.

این تعریف بیشتر در نظام های پیرو تفکر سوسیالیسم و کمیونیزم مصداق دارد و در نظام های پیرو تفکر کپیتالیسم (سرمایه داری) و کاپیتالیسم - سوسیالیسم محل ایراد به نظر می رسد، زیرا امروزه خدمات عامه توسط دولت، سکتور خصوصی و دولت و سکتور خصوصی ارایه می شود. بنابراین، در تعریف جدید، برخی نویسندگان بر این نظر اند که: «خدمات عمومی، فعالیت هایی هستند که نهادهای عمومی یا خصوصی، زیر نظر اشخاص عمومی برای برآورده کردن نیازهای همگانی انجام می دهند».

در حقوق افغانستان و اکثر کشور ها ارایه خدمات عمومی یکی از وظایف دولت شناخته شده است. مقدار و نوع خدمات عامه بستگی به تفکر سیاسی حاکم بر دولت دارد. در دولت های پیرو تفکر سیاسی سوسیالیسم و کمیونیزم ارایه خدمات عامه حداکثری است. در دولت های پیروی نظام سرمایه داری ارایه خدمات عامه حداقلی است. در گذشته و در نظام های پیرو تفکر سوسیالیسم و کمیونیزم معمولاً خدمات توسط دولت فراهم می شد. اما، امروزه با ایجاد نظام های سرمایه داری خدمات عامه به طور عموم امکان دارد از سه طریق ارایه شود:

۳۶۵ . جهت مطالعه مفصل در مورد اصل حاکمیت قانون نک: همان، رامین مشتاقی، صص ۱۰۸-۱۱۶.

۳۶۶ . جهت مطالعه مفصل راجع به اصل آزادی انعقاد عقود نک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی: حقوق وجایب، جلد (۱) چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید، صص ۲۶-۳۳.

۳۶۷ . محمد جواد رضایی زاده و داود کاظمی (۱۳۹۱). بازشناسی نظریه «خدمات عمومی» و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، نشریه علمی - پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال سوم، شماره پنجم، ص ۲۳.

بخش دوم: منابع حقوق: اصول کلی حقوق | ۲۴۳

- **توسط دولت:** خدمات عامه در دولت های پیروی تفکر سوسیالیسم و کمونیسم توسط دولت ارائه می شود. در نظام های حقوقی - سیاسی که نظم، حاکمیت قانون، تعهد و پاسخگویی مقامات عمومی وجود ندارد، مانند: افغانستان خدمات عامه دولتی غیرسریع و معمولاً بی کیفیت است ضمن این که اصول حاکم بر آن توسط مقامات رعایت نمی شود.

- **توسط سکتور خصوصی:** بیشترین خدمات عامه در نظام های پیرو تفکر کپیتالیسم توسط بخش خصوصی ارائه می شود. خدمات عامه در این کشورها معمولاً سریع و با کیفیت است. منتها، در نظام های فاقد حاکمیت قانون و عدم پاسخگو و متعهد، قیمت این خدمات بسیار زیاد است، مانند ارائه خدمات صحی، تعلیمی، مخابراتی، تحصیلی و ... در افغانستان که افراد طبقه فقیر نمی توانند از آن مستفید شوند.

- **توسط دولت و سکتور خصوصی:** برخی خدمات عامه هم توسط دولت و هم توسط سکتور خصوصی تأمین می شود. به حیث مثال، خدمات صحی، تعلیمی، تحصیلی، مخابراتی و نظیر اینها در افغانستان هم توسط دولت و هم توسط سکتور خصوصی تأمین می شود.^{۳۶۸}

۶- **اصل تضمین صلاحیت ها در حقوق اداری:** هر شخصی که در اداره کار می نماید، دارای صلاحیت است. بنابراین، نمی تواند از این صلاحیت تجاوز نماید. در صورت تجاوز، تصمیم متخذه باطل و شخص نیز ممکن است مورد مجازات قرار بگیرد.

۷- **اصل سلسله مراتب:** اصل سلسله مراتب اداری ناظر بر صدور دستور توسط مأمور مافوق به مأمور مادون و تبعیت دساتیر قانونی مأمور مادون از مأمور مافوق در اجرای وظایف محوله است. لذا، هر مأمور مادون باید از مأمور مافوق پیروی و تبعیت کند مگر این که امر مأمور مافوق خلاف قانون باشد که در این صورت مأمور مادون باید کتباً به مأمور مافوق اعلام نماید که امر او خلاف قانون است.

در صورت تأکید، مأمور مافوق و اجرای امر توسط مأمور مادون، مسؤولیت اداری مأمور مادون مرتفع است. به نظر می رسد فلسفه اصل سلسله مراتب اداری این است تا نظم و انضباط در اداره مستقر و مستحکم شود و کارها به نحو احسن انجام شود. به حیث مثال، مأمور مکلف است از امر مدیر، مدیر از مدیر عمومی، مدیر عمومی از آمر، آمر از رئیس، رئیس از رئیس عمومی، رئیس عمومی از معین و معین از وزیر و وزیر از رئیس جمهور اطاعت نماید.

۸- **اصل نابرابری رابطه حقوقی طرفین در حقوق عمومی:** یکی از اصول در حقوق عمومی به ویژه در قراردادهای اداری اصل نابرابری طرفین رابطه حقوقی؛ یعنی قرارداد اداری است. در حقوق خصوصی اصل در انعقاد قراردادها برابری طرفین در آزادی انعقاد و اشتراط در عقود است. اما، در حقوق عمومی، ماهیت حقوق عمومی اقتضای نابرابری طرفین را می نماید. بنابراین، در قرارداد های اداری طرفین از

حقوق برابر برخوردار نیستند و دولت می تواند در قراردادهای اداری از قدرت عمومی و حق فسخ یکطرفه قرارداد استفاده نماید.

۹- اصل عدم صلاحیت: اصل دیگر حقوق عمومی به خصوص حقوق اداری اصل عدم صلاحیت است. طبق این اصل هیچ مأمور نمی تواند در اداره اجراءات نماید، مگر اینکه طبق قانون صلاحیت داشته باشد. در صورت عدم داشتن صلاحیت و اجراءات، چنین اجراءاتی باطل و قابل ابطال است. صلاحیت در لغت به معنی صالح بودن، شایسته بودن، شایستگی، سزاوری و اهلیت است.^{۳۶۹} در اصطلاح صلاحیت عبارت از اختیار و اجازه ای است که قانون به مقام عمومی غرض اجرای امور محوله اعطاء می نماید.^{۳۷۰} صلاحیت به دو نوع می باشد: صلاحیت تکلیفی که مقام عامه به موجب آن مکلف به انجام فعل است. در صلاحیت تکلیفی مقام عمومی حق انتخاب میان چند گزینه را از دست می دهد. صلاحیت اختیاری که عبارت است از اختیار اتخاذ تصمیم مقام عمومی در راستای انجام وظایف و در شرایط و اوضاع و احوال خاص و شخصی براساس گزینه های پیش رو که براساس آن مقام عمومی در انتخاب یک یا چند تصمیم آزادی نسبی دارد.^{۳۷۱}

از آنچه گفته شد این نتیجه به دست می آید که مأمور در صلاحیت تکلیفی حق ارزیابی ندارد و مکلف به اجرای فعل است. اما در صلاحیت تخییری مأمور گاه اختیار انتخاب یکی از گزینه ها از میان چند گزینه را دارد. معمولاً در موارد مربوط به نظم عمومی مأمور حق انتخاب یک گزینه از میان چندین گزینه را دارد. به حیث مثال، در صورت بروز مظاهره و متفرق کردن مظاهره کنندگان توسط پولیس، پولیس میان استفاده از ماشین آب پاش، فیر هوایی، استفاده از بلندگو و نظیر اینها اختیار دارد.

در چنین حالت، پولیس باید تشخیص دهد که کدام اقدام را انجام دهد. گاه مأمور انتخاب یک گزینه از میان دو گزینه را دارد، مانند: اعطای جواز سیر در صورت تکمیل شرایط قانونی و عدم اعطای جواز سیر در صورت عدم تکمیل شرایط قانونی. لذا، صلاحیت تکلیفی قلمرو محدود و صلاحیت اختیاری قلمرو وسیع دارد. پرسش این است که مأمور چگونه تشخیص دهد که در کدام حالات صلاحیت وی تکلیفی و در کدام حالات صلاحیت وی اختیاری است؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که مأمور باید به نص قانون مراجعه نماید. معمولاً صلاحیت تکلیفی با عبارت «موظف است، مکلف است» آغاز می شود. اما، صلاحیت اختیاری با عبارت «حق دارد، می تواند و نظیر اینها» آغاز می شود.

۱۰- اصل قدرت عمومی: از نظر ماهوی قدرت عمومی عبارت از امتیازات و ترجیحاتی است که حکومت برای اعمال حاکمیت آن را مورد استفاده قرار می دهد. در نظام های دموکراتیک، این قدرت را

۳۶۹. همان، محمد جواد رضایی زاده و داود کاظمی، ص ۸۲۶.

۳۷۰. جهت مطالعه مفصل در مورد اصل عدم صلاحیت ر. ک: مهدی هداوند و علی مشهدی (۱۳۹۰). اصول حقوق اداری،

چاپ دوم، تهران: انتشارات خرسندی، صص ۱۱۲.

۳۷۱. جهت مطالعه مفصل در مورد اصل عدم صلاحیت ر. ک: همان، مهدی هداوند و علی مشهدی، صص ۱۱۲.

مردم به دولت می دهد، مانند: قدرت قانونگذاری، سیاست گذاری، پالیسی و استراتژی (راهکار و راهبرد) سازی. اما، از نظر سازمانی قدرت عمومی همان دولت است.

۱۱- اصل تشریفاتی بودن اعمال اداری: اصل تشریفاتی بودن اعمال اداری یکی دیگر از اصول حقوق عمومی خصوصاً حقوق اداری است. طبق این اصل تمام اعمال اداری توسط متصدیان امور باید با رعایت تشریفاتی که در قوانین، مقررات، لوایح و طرزالعمل ها پیش بینی شده است، انجام شود. نتیجه عدم رعایت این تشریفات منجر به بطلان اعمال اداری می شود.^{۳۷۲} بر خلاف اعمال اداری (قراردادها و ایقاعات اداری) در قراردادهای خصوصی، اصل بر غیرتشریفاتی بودن است. بنابراین، طرفین رابطه حقوقی، حقوق خصوصی می توانند هر قراردادی را به صورت غیرتشریفاتی منعقد نمایند. این اصل در حقوق خصوصی، استثنا نیز دارد که مربوط عقد ازدواج و برخی عقود دیگر می شود.

۱۲- اصل منع محاکمه مجدد: این اصل یکی از اصول حقوق جزاء است. طبق این اصل، یک شخص نمی تواند برای ارتکاب جرم واحد دو بار محاکمه شود، زیرا این امر موجب ضیاع وقت قاضی، مدعی العموم (دادستان/ خائرنوال) و ... می شود.

۱۳- اصل احتیاط: به اصالت و اعتبار بخشیدن به رعایت جانب احتیاط با عمل به حکمی که در باره موضوع آن علم قطعی وجود ندارد، اصل احتیاط گویند، چنانکه ملتزمی نداند که متعهد انجام تعهدی نسبت به کدام یک از دو کس است.^{۳۷۳}

۱۴- اصل سرعت: اصل سرعت یکی از اصول پذیرفته شده در حقوق تجارت و تعهدات است؛ به این توضیح که: وقتی کسی اقدام به انجام معامله ای کند، باید ملتزم به این امر باشد که تعهد خود را هرچه سریع تر انجام دهد. این اصل دو اثر مهم دارد: نخست آنکه حقوق متعهد له هرچه بیشتر تأمین می شود و دوم اینکه متعهد له می تواند بر مبنای آن خسارت ناشی از تأخیر اجرای تعهد را از جانب مقابل، مطالبه نماید.^{۳۷۴}

۱۵- اصل تخییر: به اعتبار و اصالت دادن به توان گزینش مکلف در میان دو تکلیف قطعاً الزامی به نحوی که فراهم آوردن جمع و ترک هر دو ممکن نباشد، اصل تخییر گویند.^{۳۷۵}

۱۶- اصل عدم: اصل در پیدایش یک شی، رخداد و واقعه عدم است مگر اینکه وجودش توسط مدعی ثابت شود،^{۳۷۶} زیرا کائنات حادث اند و به وجود آمدن چیزی در صحنه کائنات حاجت به اقامه

۳۷۲. ولی الله انصاری (۱۳۹۰). کلیات حقوق قراردادهای اداری، چاپ پنجم، تهران: نشر حقوقدان، ص ۱۴۴.

۳۷۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۱۷.

۳۷۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، صص ۳۱۸ و ۳۱۹.

۳۷۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۳۲۲.

۳۷۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۳۲۸.

دلیل دارد، زیرا کسی بی دلیل وجود چیزی را باور ندارد. این اصل تا بشر در کره زمین بوده است، جاری بوده است.^{۳۷۷}

۱۷- اصل سلامت: معنی اصل سلامت این است که علی الاصول معامله در مورد مال سالم صورت گرفته است. پس، اگر بعد از معامله یک طرف ادعا کند که مال مورد معامله عیب داشته است و خیار عیب برای طرف مقابل وجود دارد، باید آنچه را که جانب مقابل ادعا می نماید، ثابت نماید.^{۳۷۸}

۱۸- اصل منع سوء استفاده از حق: این اصل یکی از اصول مهم در حقوق مدنی است. طبق این اصل، شخص نمی تواند از حق خویش به نحوی استفاده نماید که موجب تضییع دیگران گردد.

۱۹- اصل اباحه: اصل اباحه یکی از اصول کلی حقوق مدنی است. طبق این اصل، اصل در اشیاء اباحه است، مگر این که آن شی به موجب نص ممنوع قرار داده شده باشد.

۲۰- اصل برتری قانون لاحق بر قانون سابق: اصل برتری قانون لاحق بر قانون سابق یکی از اصول حقوق عامه است. طبق این اصل، در صورتی که دو قانون همسطح (به حیث مثال، دو قانون عادی) با همدیگر در تعارض قرار بگیرند، اصل بر برتری قانون لاحق بر قانون سابق است. بنابراین، قانون لاحق برتر و غالب تر بر قانون سابق است.

۲۱- اصل لزوم: در قرارداد های خصوصی اصل بر لزوم عقود است. بنابراین، عقود خصوصی به مجرد انعقاد مشروط بر اینکه فاقد خیار باشند، بر طرفین لازم اند. اما، این اصل در قرارداد های اداری، برعکس است. در نتیجه، در قرارداد های اداری، اصل بر لزوم نیست و اداره می تواند براساس قواعد ترجیحی قرارداد اداری را به صورت یکجانبه فسخ نماید.

۲۲- اصل همکاری مشترک متعاقدین در اجرای قرارداد اداری: در عقود خصوصی، فکر غالب این است که متعهد یک قرارداد با حسن نیت تمام، به تعهدات قراردادی خود عمل می کند و طرف مقابل هیچ تعهدی بر کمک و پشتیبانی ندارد و موضوع از این حد فراتر نمی رود، اما در قراردادهای اداری اصل دیگری حاکم است. به این توضیح که در قرارداد های اداری طرفین باید در اجرای موضوع قرارداد اداری با همدیگر همکاری نمایند.^{۳۷۹}

۲۳- اصل نسبی بودن قرارداد ها: اصل در قرارداد ها در حقوق خصوصی، نسبی بودن آن است؛ به این توضیح که در قرارداد های خصوصی اثر عقد متوجه طرفین عقد و قائم مقام آنها می شود.^{۳۸۰} اما، در قرارداد های اداری، اصل بر نفوذ قرارداد های اداری علاوه بر طرفین بر اشخاص ثالث است. به این توضیح

۳۷۷. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۸). الفارق، جلد (۱)، چاپ دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۳۱۶.

۳۷۸. همان، محمد جعفر جعفری لنگرودی، جلد (۱)، ص ۳۱۰.

۳۷۹. ولی الله انصاری (۱۳۹۰). کلیات حقوق قراردادهای اداری، چاپ پنجم، تهران: نشر حقوقدان، صص ۱۷۲ و ۱۷۳.

۳۸۰. در باره نسبی بودن قرارداد های خصوصی، ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی: حقوق وجایب، جلد (۱) چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید، صص ۲۰۶-۲۲۲.

بخش دوم: منابع حقوق: اصول کلی حقوق | ۲۴۷

که هرگاه میان اداره و فرد خصوصی عقدی منعقد می شود، در برخی موارد اثر عقد بر اشخاص ثالث نیز سرایت می نماید. به عنوان مثال، هرگاه دولت زمین شخص حقوق خصوصی را غرض تأمین منافع عامه استملاک نماید که، قرارداد اداری است، اثر عقد بر تمام اشخاصی که در مسیر زمین خانه و زمین آنها موقعیت دارد سرایت می کند.^{۳۸۱}

۲۴- اصل عدم مداخله دولت در حریم خصوصی: یکی از اصول حقوق عامه که بر قانونگذاری حاکم است، اصل عدم مداخله دولت در حریم خصوصی افراد است. طبق این اصل دولت نمی تواند در اموری که مربوط به حریم خصوصی افراد می شود، مداخله نماید. به نظر می رسد حریم خصوصی شامل اموری است که دولت و اشخاص حقیقی حق مداخله در آن را ندارند. برخی مصادیق عدم مداخله دولت که در ق. ا تضمین شده است، اصل مصونیت مسکن (ماده ۳۸ ق. ا) و حق محرمانه مراسلات و مخابرات است (ماده ۳۷ ق. ا).

۲۵- اصل تفویض اختیار: اصل تفویض اختیار یکی از اصول حقوق عمومی به ویژه حقوق اداری است. باوجوداین، تفویض اختیار یک حالت استثنایی است و اصل این است که مأمور وظایف خویش را اصالتاً انجام دهد. بنابراین، مقامات سیاسی و اداری حق ندارند اختیارات خویش را به مأمورین مادون تفویض نمایند مگر در مواقع خاص مانند سفر، غیابت و نظیر اینها. پرسش این است که چرا تفویض اختیار اصل نیست؟

در پاسخ به این پرسش باید گفت که مأمور و مقام سیاسی با توجه به توانایی های علمی، مهارت ها، ویژگی های شخصیتی مطابق قانون در اداره انتصاب، انتخاب و مقرر می شود. اگر این توانایی های علمی، مهارت ها و ویژگی های شخصیتی او مطمح نظر نبود، امکان داشت اصلاً در اداره انتصاب، انتخاب و مقرر نشود. لذا، این شخص باید رأساً و اصالتاً امور اداره را انجام دهد.

برخی قواعد کلی حاکم بر اصل تفویض اختیار قرار ذیل است: نخست این که تفویض اختیار نمی تواند کلی باشد، زیرا در این صورت موجودیت پست زیر سؤال می رود. دوم این که: تفویض اختیار نباید دایمی باشد، زیرا چنانچه گفته شد پست را معمولاً مأمور با توجه به ویژگی های علمی و مهارت ها احراز می نماید و اگر شخصیت او مدنظر نبود اصلاً استخدام نمی شد. سوم این که در صورت تفویض اختیار مقام تفویض کننده اختیار مسؤولیت سیاسی و اداری در برابر مقامات مافوق دارد. اما، مسؤولیت مدنی و جزایی مختص به مقامی است که صلاحیت به او وگذار شده است. چهارم این که در صورت تفویض اختیار، نظارت مقام تفویض کننده اختیار همچنان بر مقامی که اختیار به او تفویض شده است باقی است. بنابراین، مقام تفویض کننده اختیار باید مقامی را که اختیار به او تفویض شده است نظارت نماید.

۳۸۱. در باره عدم نسبی بودن قرارداد های اداری نک: ولی الله انصاری (۱۳۹۰). کلیات حقوق قراردادهای اداری، چاپ پنجم، تهران: نشر حقوقدان، صص ۱۷۵-۱۷۶.

گفتار دوم) جایگاه اصول حقوقی در میان منابع حقوق

پرسش این است که در میان منابع حقوق جایگاه اصول کلی حقوق کجا است؟ در پاسخ به این پرسش به عقیده برخی نویسندگان در نظام حقوقی رومی و ژرمنی قانون مهم ترین منبع حقوق به شمار می آید و اصول مبنایی که قوانین که روح آنها را تشکیل می دهد، به منزله قانون بوده و در میان منابع حقوق، اعتباری فراتر از عرف و دکترین دارد.

لذا، در نظام حقوقی کامن لا که رویه قضایی مهم ترین منبع است، اصول حقوقی مورد توجه محاکم است و قانون نوشته تنها بر مبنای این اصول شکل می گیرد. بنابراین، می توان اصول حقوقی را منبع دوم این خانواده حقوقی دانست.^{۳۸۲} نظام حقوقی سوسیالیستی که ابتداء در شوروی سابق مطرح گردید و پس به کشور هایی که مارکسیسم را پذیرفتند انتقال کرد که منابع حقوق در این نظام حقوقی عبارت اند از قانون، رویه قضایی، عرف و عادات، قواعد زندگی مشترک سوسیالیستی و دکترین.^{۳۸۳}

پرسش این است که در نظام حقوقی افغانستان جایگاه اصول کلی حقوق کجا است. در پاسخ به این پرسش باید گفت که تکلیف جایگاه اصول کلی حقوق هنوز در نظام حقوقی افغانستان روشن به نظر نمی رسد. مطابق ماده ۱۳۰ و ۱۳۱ قانون اساسی قاضی در صدور حکم باید به قانون، در صورت مسکوت بودن قوانین به فقه، مطابق ماده ۲ ق. م قاضی در صدور حکم باید به قانون، فقه، عرف عام و اساسات عدالت استناد نماید. علاوه بر این، اصل مستند و مستدل بودن حکم ایجاب می نماید تا قاضی به منابع ای که مورد شناسایی قرار گرفته است استناد نماید.

از آنچه گفته شد، به نظر می رسد قاضی در نظام حقوقی افغانستان نمی تواند به اصول کلی حقوق مستقلاً استناد نماید، زیرا قوانین افغانستان این اجازه را به قاضی اعطا ننموده است و اهمیت منابع حقوق منحیث منبع زمانی مطرح است که قاضی بتواند به آن در صدور حکم استناد نماید. بنابراین، قاضی نقش مهمی را در شناسایی منابع حقوق ایفا می نماید. زیرا منابع زمانی اعتبار پیدا می نماید که مورد استناد قرار بگیرد.

به همین دلیل، دکترین منبع مستقیم حقوق نیست زیرا در مراجع عدلی و قضایی مورد استناد قرار نمی گیرد. اما، اگر بگوییم که در زمینه منابع حقوق، حقوق افغانستان علاوه بر نظام حقوقی اسلام، برخی منابع مانند: قانون، رویه قضایی، دکترین و اصول کلی حقوق را از نظام حقوقی فرانسه به عاریت گرفته است، در این صورت، به این نتیجه می رسیم که اصول کلی حقوق هم یکی از منابع حقوق افغانستان است. برعکس قوه قضائیه، در حکومت و پارلمان به اصول کلی حقوق استناد می نمایند مانند اصل حاکمیت قانون، اصل تفکیک قواء، اصل تفویض اختیار، اصل عدم صلاحیت، اصل سلسله مراتب و نظیر اینها.

۳۸۲. محسن صادقی (۱۳۸۴). اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۲۰۴.

۳۸۳. همان، محسن صادقی، ص ۱۴.

مبحث سوم) تعریف قاعده و فرق قاعده با اصل

گفتار اول) تعریف فقهی

قاعده^{۳۸۴} مؤنث قاعد در لغت اسم فاعل از ریشه «قعد» گرفته شده است که به معنای هر آن چیزی که دیگر امور را بر آن بنا نهند. همچنین، قاعده در لغت به معنای قانون، اصل و بنیاد و اساس نیز است، چنانکه از اساس و بنیاد ساختمان «قاعده» آن نیز یاد کرده اند و به آن «ضابط» نیز گفته اند.^{۳۸۵} به قاعده حقوقی هنجار حقوقی^{۳۸۶} نیز می گویند. بنابراین، هنجار و قاعده حقوقی مترادف همدیگر استعمال می شود.^{۳۸۷}

فقهاء قاعده کلی را چنین تعریف کرده اند: «حکمی است کلی که بر تمام جزئیاتش منطبق باشد». به عبارت دیگر: قواعد کلی همان اصول عمومی است که بیشتر جزئیات را در بر می گیرد. در ماده دوم تا صدم مجله الاحکام، نود و نه قاعده کلی مندرج است که مهم ترین آنها از کتاب الاشباه و النظائر ابن نجیم و برخی از کتاب المجامع و دیگر کتب حنفی گرفته شده است.^{۳۸۸}

گفتار دوم) تعریف قاعده حقوقی و فرق آن با اصل حقوقی

مفهوم و مصادیق قاعده های فقهی در فقه واضح است. در علم حقوق نیز قاعده بسیار زیاد استعمال می شود. به عنوان مثال، گفته می شود که حقوق اساسی، اداری، کار، فامیل، عینی و ... مجموعه قواعد حقوقی است که ... پرسش این است که در علم حقوق قاعده به چه معنی استعمال می شود و منابع قواعد حقوقی کدام ها اند؟ پرسش این پاسخ آسان نیست، زیرا حقوقدانان تعاریف مختلف برای قاعده حقوقی ارایه کرده اند. برخی از حقوقدانان به این نظر اند که قاعده عبارت از هر نوع معیار الزامی قانونی است که در کلیت خویش قابل تطبیق با تمامی مصادیق آن باشد، مانند قاعده حل تعارض قوانین.^{۳۸۹} این تعریف غامض و مبهم به نظر می رسد، زیرا معلوم نیست که معیار الزامی قانونی چیست. شرفاوی به این نظر اند که قاعده حقوقی عبارت واحدی است که مجموعه آن قانون را تشکیل می دهد. بنابراین،

384. Rule.

۳۸۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۷۱؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۹۳۴.

386. Legal norm.

۳۸۷. محمد رضا ویژه (۱۳۸۸). تأملی بر سلسله مراتب هنجارهای حقوقی در نظام جمهوری اسلامی ایران، فصلنامه راهبرد، سال هجدهم، شماره پنجاه.

۳۸۸. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، ص ۲۳۶؛ و جهت مطالعه مفصل در مورد تعریف قاعده وقواعد فقهی نک: ژوبل، محمد عثمان (۱۳۷۱). مجله الاحکام، جلد (۱)، کابل: نشر پروژه عدلی و قضایی اداره انکشافی ایالات متحده امریکا و مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبوعه میوند.

۳۸۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۷۱.

قانون مجموعه قواعد است.^{۳۹۰} این تعریف نیز ناقص به نظر می رسد، زیرا طبق این تعریف قانون مجموعه قواعد است. بنابراین، منبع قانون قواعد است، در حالی که واقعیت عکس این است، زیرا قواعد حقوقی بر گرفته از قانون است. به عبارت دیگر: قانون موجب ایجاد قواعد حقوقی می شود. برخی دیگر به این عقیده اند که قاعده حقوقی عبارت است از هر مفهوم کلی حقوقی که بیرون از فرض قانونی باشد.^{۳۹۱}

این تعریف نیز ناقص به نظر می رسد، زیرا مفهوم کلی حقوقی و فرض قانونی خود ایجاب تفسیر و تعریف را می نمایند. داکتر کاتوزیان در مورد تعریف قاعده حقوقی می نویسد که: «قاعده حقوقی، قاعده ای الزام آور است که به منظور ایجاد نظم و استقرار عدالت، بر زندگی اجتماعی انسان حکومت می کند و اجرای آن از طرف دولت تضمین می شود.» پس، تکلیفی که پدر و مادر نسبت به نگاهداری فرزند خود دارند، و الزامی که شوهر در باره پرداختن نفقه زن پیدا می کند، جنبه حقوقی دارد و حکمی که آن را مقرر می دارد «قاعده حقوقی» است.^{۳۹۲}

این تعریف نیز ناقص به نظر می رسد. زیرا، طبق این تعریف معلوم نیست که منبع قاعده حقوقی چیست؟! علاوه بر این، این تعریف از نظر منطقی نیز محل ایراد به نظر می رسد، زیرا طبق بخش اول این تعریف «قاعده حقوقی»، «قاعده» است و بخش های بعدی بیانگر اوصاف قواعد حقوقی است. همچنین، این تعریف، تعریف وجودی در خصوص قاعده حقوقی به نظر نمی رسد و بیانگر حقیقت و ماهیت قاعده حقوقی نیست. برخی دیگر بر این نظر اند که: قاعده حقوقی گزاره کلی، عام، دستوری، لازم الاجرا با ضمانت اجرای دولت در باره یک رفتار اجتماعی است.^{۳۹۳}

این تعریف نیز بیانگر ماهیت قاعده حقوقی نیست و بیشتر به بیان اوصاف قاعده حقوقی پرداخته است. با توجه به آنچه گفته شد و با توجه به این که امروزه حقوق صرف قواعد حقوقی نیست و علاوه بر قواعد حقوقی، اصول کلی حقوق، رویه های قضایی و دکترین نیز در کنار قواعد حقوقی منابع حقوق اند، به نظر می رسد قاعده حقوقی حکمی است که قانونگذار در قوانین برای تنظیم امور اشخاص حقیقی و حکمی پیش بینی می نماید.

طبق این تعریف قاعده حقوقی حکمی است برگرفته شده از نصوص قوانین به مفهوم عام. به عبارت عام تر و مشخص تر: «به هر نص و متن قوانین اعم از قانون اساسی، قوانین عادی، فرامین تقنینی، مقررات، لوایح و طرز العمل قاعده حقوقی گویند. بنابراین، هر ماده قانون، مقرر، لایحه و طرز العمل یک قاعده حقوقی است.»

۳۹۰. داد محمد نذیر (۱۳۸۹). مبای علم حقوق، چاپ اول، کابل: انتشارات رسالت، ص ۳۹.

۳۹۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۴)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، ص ۲۸۳۹.

۳۹۲. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۱۵۹.

۳۹۳. مصطفی دانش پژوه (۱۳۹۱). شناسه حقوق، انتشارات جنگل، ص ۱۳۹.

بخش دوم: منابع حقوق: اصول کلی حقوق | ۲۵۱

قاعده حقوقی هنجار حقوقی نیز نامیده می شود. پس، در علم حقوق به نص (متن) قانون اعم از اساسی و عادی، فرامین و مقررات هنجار حقوقی می گویند. از همین جهت، امروزه به سلسله مراتب قواعد حقوقی سلسله مراتب هنجارهای حقوقی گویند. به عنوان مثال، ماده ۱۰ فقره اول ق. م که می گوید: «(۱) احکام قانون بعد از نشر قابل تطبیق می گردد.» یک هنجار حقوقی است. همچنین، ماده ۴ مقررۀ امور ذاتی کارکنان خدمات ملکی که تصریح می نماید که: «اداره نمی تواند مأمورین خدمات ملکی را بدون مجوز قانونی یا حکم محکمۀ با صلاحیت از کار محروم نماید.» یک هنجار (قاعده) حقوقی است. به عوض قاعده حقوقی، حکم هم استعمال می شود. به حیث مثال، هر قانونی حاوی احکام عمومی، فصل ها و احکام متفرق است. حکم در لغت به معنی فرمان، امر، دستور و قضاوت است.^{۳۹۴}

گفتار سوم) فرق بین قاعده حقوقی و اصل حقوقی

فرق های ذیل میان اصل حقوقی و قاعده حقوقی وجود دارد:

- ۱) اصول کلی حقوق عمومی تر از قواعد حقوقی اند، زیرا هر اصل دربرگیرنده چنده قاعده حقوقی است. اصول همچنین از دوام بیشتر نسبت به قواعد حقوقی برخوردارند.^{۳۹۵}
 - ۲) بسیاری از اصول حقوقی در جوامع و نظام های حقوقی مشترک اند و این امر به نزدیکی نظام های حقوقی می انجامد. اما، این اشتراک در قواعد حقوقی کمتر دیده می شود.
 - ۳) اصول حقوقی برای این که جزء پیکره نظام حقوقی باشند برخلاف قواعد به تضمین قانونگذار نیازی ندارند و اگر قانونگذار برای آنها ضمانت اجراء مقرر نماید، این ضمانت اجراء برای اصول کلی وصف کمال است نه شرط مقوم.^{۳۹۶}
 - ۴) قاعده حقوقی قاعده است که از یک نص قانون به مفهوم عام ناشی شده است. بنابراین، منبع قاعده حقوقی نصوص قوانین به مفهوم عام است. برعکس، اصل حقوقی، چنانچه تفصیل آن گذشت، اصلی است که در اثر توافق علمای حقوق به اصل حقوقی تبدیل شده است.
- در نتیجه، قاعده حقوقی جزء و متفرع از نصوص قوانین به مفهوم عام است و اصول کلی حقوقی فی نفسه یکی از منافع مستقل حقوق اند. قواعد حقوقی مدون اند، اما اکثر اصول کلی حقوقی غیرمدون اند مانند اصل تفکیک قواء، اصل حاکمیت قانون و امثال اینها هرچند امروزه گرایش به طرف مدون کردن اصول کلی حقوق وجود دارد.

مبحث چهارم) خصوصیات قواعد حقوقی

394. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 23/ 1/ 2018)

۳۹۵. محسن صادقی (۱۳۸۴). اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، چاپ اول، تهران: نشر میزان صص ۲۰۱ و ۲۰۲.

۳۹۶. همان، محسن صادقی، ص ۲۰۲.

قواعد حقوقی در واقع احکامی اند که در سندی به نام قانون متجلی و متبلور می شوند. بنابراین، خصوصیات را که علمای حقوق برای قواعد حقوقی بر می شمارند، این خصوصیات در واقع «خصوصیات قانون» است، زیرا قواعد حقوقی متفرع و برآمده از قوانین اند. از همین رو، امروزه به این خصوصیات، خصوصیات ذاتی قوانین می گویند.

خصوصیات قواعد حقوقی موجب تمیز و تفکیک قواعد حقوقی از سایر قواعد می شود. به حیث مثال، قواعد عرفی معمولاً غیرمدون و غیرمکتوب اند. قواعد اخلاقی نیز غیرمدون اند. اما، قواعد حقوقی بر خلاف این است. قواعد حقوقی در جوامع انسانی و برای جوامع انسانی وضع و تطبیق می شوند و انتزاعی نیستند. به طور عمومی قواعد حقوقی دارای خصوصیات ذیل اند:

گفتار نخست) موضوعه، مدون، مکتوبه و مصوب مرجع ذیصلاح بودن

موضوعه اسم مفعول از ریشه وضع گرفته شده است که در لغت به معنی وضع شده، مقرر، گذارده شده، نهاده شده است.^{۳۹۷} قواعد حقوقی، برخلاف قواعد عرفی قواعد موضوعه اند؛ به این توضیح که قواعد حقوقی توسط قوه قانونگذار در قالب یک قانون وضع می شوند، مانند قواعد مندرج در قانون مدنی، قانون جزا، قانون اساسی و امثال اینها که همه موضوعه اند. به وضع کننده این قواعد واضع می گویند.

همچنین، قواعد حقوقی مدون اند. مدون اسم مفعول از ریشه «دون» گرفته شده است که در لغت به معنای تدوین شده، گردآوری شده، جمع شده و فراهم آمده است. مدون در حقوق وصفی است برای قوانینی که کدبندی و نظام یافته باشند. در حقوق فرانسه بر قوانین مدون به «code» تعبیر می شود که از اصل لاتینی «codex» گرفته شده است چنانکه از قوانین مدنی به «code civil» تعبیر می کنند.^{۳۹۸} همچنین، قواعد حقوقی برخلاف قواعد عرفی، در یک سند به نام قانون مکتوبه است. مکتوبه اسم مفعول از ریشه «کتب» به معنای نوشته شده و تحریر یافته است.^{۳۹۹} همچنین، قوانین مصوب مرجع ذیصلاح است. مصوب اسم مفعول است که به معنی تصویب شده است. مرجع این تصویب در خصوص قانون اساسی می تواند قوه مؤسس اصلی و فرعی (لویه جرگه تصویب و تعدیل قانون اساسی) و در خصوص قوانین عادی، مقررات، لوایح و طرزالعمل ها، قوای تأسیسی (شورای ملی و حکومت) باشد.

گفتار دوم) عمومیت و عدم مجرد بودن

قواعد حقوقی به فرد خاصی نظر ندارد و در مورد تمام افراد جاری است. این خصوصیت را حقوقدانان عمومی و عدم مجرد بودن و یا عمومیت و غیرشخصی بودن نامیده اند. دکتر مدنی عمومیت قواعد حقوقی را از خصوصیات آن می شمارد و این عمومیت را همان توجه قاعده به همگان معرفی می کند، نه فرد

۳۹۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۲۸.

۳۹۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۷۷۲.

۳۹۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۹۵۴.

خاص.^{۴۰۰} به عنوان مثال، ماده ۵۵ ق. ا که حکم می نمود: «دفاع از وطن وجبیه تمام اتباع افغانستان است [...]» عام است و مربوط همه اتباع واجد شرایط می شود. در این قاعده، قانونگذار اساسی به طور عموم همه اتباع واجد شرایط را مخاطب قرار می دهد و به فرد خاصی، به حیث مثال، احمد، محمود و نظیر اینها نظر ندارد.

باوجوداین، عمومیت به عنوان يك ویژگی قواعد حقوقی به این معنی نیست که این قواعد در باره تمام افراد اجتماع جاری است و همگان موضوع حکم آن قرار می گیرند، بلکه تنها افرادی مشمول این قواعد هستند که در يك صفت با دیگران مشترك اند.

به عنوان مثال، آن دسته از قواعد که بیانگر حقوق کارگران است بر داکتران و فرهنگیان و تاجران قابل تطبیق نمی باشند، اما نسبت به تمام کسانی که طبق قوانین در شمار کارگران قرار دارند قابل تطبیق است. یا قواعدی که مربوط به قضات می شوند، صرف بالای قضات قابل تطبیق اند. با این شرط، قاعده حقوقی از اوامر و احکام فردی تفکیک می شود. به حیث مثال، حکم محکمه به پرداخت قرض از سوی قرضدار، یا معجز استخدام رسمی برای مستخدم قراردادی يك دستگاه، یا دادن تابعیت به يك فرد خارجی، هیچ يك قاعده حقوقی شناخته نمی شوند.

گفتار سوم) الزام آور بودن

ویژگی دیگر قواعد حقوقی الزام آوری آنهاست.^{۴۰۱} الزام آور در لغت به معنی تعهد آور، تکلیف آور و اجبار کننده است.^{۴۰۲} تکلیف و یا تعهدی که قواعد نسبت به اشخاص ایجاد می نماید یا تعهدات نسبت به اجتماع و دولت است و یا تعهدات به نفع اشخاص دیگر. به حیث مثال، قواعد که ارتکاب جرایم مانند سرقت، اختطاف، قاچاق مواد مخدر، غصب و امثال اینها را منع می نماید نسبت به همه تعهد ایجاد می نماید تا این اعمال را انجام ندهند.

در صورت عدم ارتکاب این اعمال نفع آن به اجتماع می رسد، زیرا نظم در اجتماع مستقر می شود. برخی قواعد دیگر تعهدات به نفع اشخاص ایجاد می نمایند، مانند منع تضرر دیگران، پرداخت جبران خسارت و امثال اینها که در نتیجه این قواعد از يك سو برخی از افراد، صاحب حق می شوند، و از سوی دیگر گروهی از اشخاص ناگزیر از رعایت حق صاحب حق. برخی مثال های الزام آور بودن قواعد حقوقی قرار ذیل اند:

۱) طبق ماده ۵۶ ق. ا: «پیروی از احکام قانون اساسی، اطاعت از قوانین و رعایت نظم و امن عامه وجبیه تمام مردم افغانستان است [...]» نص این ماده که یک قاعده حقوقی است برای همه اتباع در خصوص رعایت قوانین و نظم و امنیت عامه تعهد (تکلیف) ایجاد می نماید.

۴۰۰. سید جلال الدین مدنی، (۱۳۸۶). مبانی و کلیات علم حقوق، چاپ شانزدهم، انتشارات پایدار، ص ۳۰.

۴۰۱. همان، سید جلال الدین مدنی، صص ۳۰ و ۳۱.

۴۰۲. (آخرین بازدید ۱/۱۷/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com>

۲) طبق ماده ۱۰ ق.ا: «دولت، سرمایه سرمایه گذاری ها و تشبثات خصوصی را مبتنی بر نظام اقتصاد بازار، مطابق به احکام قانون، تشویق، حمایت و مصؤونیت آن ها را تضمین می نماید.» نص این ماده دولت را ملزم و مکلف به تشویق، حمایت و تضمین مصؤونیت سرمایه گذاری می نماید. بنابراین، نص این ماده نسبت به دولت الزام آور است.

گفتار چهارم) برخورداری از ضمانت اجراء

انسان مخلوطی از غرایز، نیازها، امیال و آرزوها است که او را به طرف اموری می کشاند که این امور بقای انسان را تضمین می کند. برای این که این آرزوها برآورده شود، انسان ها روزمره یک سلسله اعمال را انجام می دهند. این اعمال از درون انسان ها سرچشمه می گیرد. منابع اعمال انسان ها از درون عبارت اند از: قلب و عقل است.

بنابراین، اعمالی را که انسان ها انجام می دهند یا عقلی است یا احساسی یا شهوی. در اجرای هر یک از این اعمال به نظر می رسد که حکمت های نهفته است. اگر عقل وجود نمی داشت، علم، فلسفه، ساینس و فن آوری پیشرفت نمی کرد. اگر قلب وجود نمی داشت عشق، احساس، ترحم، مهربانی، انسان دوستی، عطوفت و نظیر اینها وجود نمی داشت و انسان ها موجودات فاقد احساس مانند رباط ها می بودند. اگر شهوت وجود نمی داشت، ازدواج، تشکیل خانواده و تولد و تناسل وجود نمی داشت و چرخ حیات متوقف می شد.

باوجوداین، برای این که اعمال انسان ها منجر به ورود ضرر به دیگران اعم از فرد و اجتماع نشود، قواعد متعدد بر اعمال و روابط انسان ها از بیرون حاکم است. این قواعد در درازای تاریخ بشر متعدد بوده است. ظاهراً اولین نوع این قواعد، قواعد مذهبی بوده است که توسط خداوند عز و جل برای رهنمایی بشر از طریق پیامبران ابلاغ گردیده است.

نوع دوم قواعد، قواعد اخلاقی بوده است که این قواعد ظاهراً بیشتر متأثر از دین بوده است. نوع سوم، قواعد عرفی بوده است که در اثر انجام توسط انسان ها به قواعد تبدیل شده اند. نوع چهارم، قواعد حقوقی بوده است که توسط قوای قانونگذاری برای تنظیم حیات و روابط حقوقی اشخاص وضع گردیده اند. برای این که اشخاص این قواعد را رعایت نمایند، در شرع، اخلاق، عرف و حقوق برای این قواعد ضمانت اجراها پیش بینی شده است.

بنابراین، قواعد دینی، اخلاقی، عرفی و حقوقی دارای ضمانت اجراء است که بر مسؤولین تطبیق می گردد. از همین رو، حقوقدانان به این نظر اند که نه تنها قواعد حقوقی بلکه قواعد اخلاقی، عرفی و شرعی دارای ضمانت اجراء است. پرسش این است که ضمانت اجراء چیست و پرسش دیگر این است که مسؤول کیست؟

در پاسخ به سؤال اول باید گفت که به ضمانت اجراء در عربی مؤیده و کیفر می گویند. همچنین، به ضمانت اجراء جزاء و عقوبت می گویند. به نظر می رسد اصطلاح ضمانت اجراء ابداع نویسندگان ایرانی

است. به نظر می‌رسد ضمانت اجراء تضمین و وسیله است برای تطبیق و تنفیذ قواعد حقوقی. در فقه، داکتر وهبة الزحیلی، بر این نظر است که: ضمانت اجراها عبارت است از احکامی که به دنبال احکام اصلی و در پی تخلف از آنها صادر شده است مثل حدود، تعزیران، کفارات و جبران خساره.^{۴۰۳} در پاسخ به سؤال دوم باید گفت که مسؤولیت از ریشه «سأل» گرفته شده که به معنای بازخواست، مواخذه، ضمانت و ضمان است.^{۴۰۴} به طور عموم کسی که سؤال می‌کند را سائل (سوال کننده) و شخصی که از او سؤال می‌شود را مسؤول می‌گویند. به وضعیت شخص مسؤول، مسؤولیت می‌گویند. در حقوق مدنی به شخص مسؤول معمولاً مدیون و متعهد له و به شخصی سؤال کننده داین و متعهد له می‌گویند. در اصطلاح حقوقی مسؤول کسی است که از وی بازخواست و سؤال کنند و در مقابل دیگران باید پاسخگوی فعل و یا ترک فعل خویش باشد.

امروزه مسؤولیت به دلیل اهلیت، شخصیت و عقل مختص انسان‌ها است. بنابراین، حیوانات، نباتات و جمادات موجودات مسؤول نیستند زیرا حیوانات، نباتات و جمادات موجودیت‌های تکلیف پذیر نیست. صرف انسان موجودیت مسؤولیت پذیر است. باوجوداین، با در نظر داشت «اصل برائت» اصل این است که ذمه انسان‌ها از هر نوع مسؤولیت مدنی، جزایی، اداری، اساسی، اخلاقی و دینی بری است. استثنای این اصل مسؤولیت است که در اثر نقض قواعد متوجه انسان می‌شود. قواعدی را که انسان ممکن است نقض نماید، قواعد دینی، اخلاقی، عرفی، سیاسی، اداری، جزایی و مدنی است. نتیجه نقض این قواعد مسؤولیت دینی، مسؤولیت اخلاقی، مسؤولیت عرفی، مسؤولیت سیاسی، مسؤولیت اداری، مسؤولیت جزایی و مسؤولیت مدنی است.

برخی از این مسؤولیت‌ها حقوقی اند مانند مسؤولیت سیاسی، جزایی، اداری و مدنی و برخی مسؤولیت‌های غیر حقوقی اند. مسؤولیت غیر حقوقی، مسؤولیت است که نمی‌توان تطبیق ضمانت اجرای آن را از محکمه مطالبه کرد. مسؤولیت غیر حقوقی به مسؤولیت دینی، اخلاقی و عرفی تقسیم می‌شود.

مسؤولیت دینی عبارت از پاسخگو بودن فرد در برابر خداوند جل جلاله است.^{۴۰۵} در صورت نقض احکام دینی دو نوع مسؤولیت متوجه نقض کننده احکام می‌شود: مسؤولیت دنیوی که مجازات دنیوی است و مسؤولیت اخروی که شخص مسؤول در قیامت مواخذه و مجازات خواهد شد. البته، این امر بستگی به سکولار و دینی بودن نظام دارد. در نظام‌های سکولار فرد مسؤول صرف مسؤولیت اخروی دارد، اما در نظام‌های دینی فرد مسؤول امکان دارد هم مسؤولیت دنیوی و هم مسؤولیت اخروی داشته باشد. به حیث

۴۰۳. سید احمد سجادی نژاد (۱۳۸۸). جهل به حکم و رافعیت آن نسبت به مسؤولیت کیفری در فقه امامیه، مجله آموزه‌های فقهی، شماره ۳، ص ۱۰۳.

۴۰۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۳۹.

۴۰۵. حسن بادینی (۱۳۹۲). فلسفه مسؤولیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۲۵.

مثال، در صورت ارتکاب قتل یا زنا در نظام های دینی اسلامی فرد هم مسؤولیت جزایی و هم مسؤولیت اخروی دارد.

مسؤولیت اخلاقی مسؤولیتی است که قانونگذار متعرض آن نشده باشد، مانند: مسؤول بودن انسان نسبت به خود یا خدای خویش.^{۴۰۶} به عبارت دیگر: مسؤولیت اخلاقی عبارت از پاسخگو بودن فرد در برابر وجدانش است.^{۴۰۷} مسؤولیت اخلاقی در اثر نقض قواعد اخلاقی متوجه انسان می شود. برخی مصداق های نقض قواعد اخلاقی دروغ گفتن، عدم اطاعت از پدر و مادر، داشتن سلوک زشت با مردم و نظیر اینها است. ضمانت اجرای مسؤولیت اخلاقی، ضمانت اجرا های اخلاقی است مانند پشیمانی، ندامت و شرمسار بودن انسان در برابر وجدان خودش است.

مسؤولیت عرفی عبارت از پاسخگو بودن فرد در برابر عرف و عادات و جامعه است. این مسؤولیت در اثر نقض قواعد عرفی متوجه شخص می شود. برخی مثال های قواعد عرفی داشتن حسن سلوک با مهمان، پذیرایی مهمان، دعوت دوستان نزدیک به محفل عقد ازدواج و نظیر اینها است. جزای نقض قواعد عرفی، قطع روابط مردم با شخصی است که قواعد عرفی را نقض نموده است، گله کردن از وی و در نتیجه انزوای ناقض قواعد عرفی است.

مسؤولیت حقوقی «تکلیف وارد کننده زیان نسبت به پاسخگویی به زیان در برابر محکمه و بر عهده گرفتن آثار مدنی، جزایی و ... آن است اعم از این که چنین تکلیفی در مقابل زیان دیده باشد یا جامعه ...». طبق این تعریف مسؤولیت به مسؤولیت مدنی، جزایی و ... تقسیم می شود.^{۴۰۸} در عالم حقوق مسؤولیت به انواع ذیل تقسیم می شود:

۱) مسؤولیت مدنی: ظاهراً مسؤولیت مدنی قدیمی ترین نوع مسؤولیت بوده است. مسؤولیت مدنی عبارت است از: «وظیفه حقوقی است که شخص در برابر دیگری به انجام یا ترك عملی دارد اعم از این که منشأ آن عمل حقوقی و یا احکام قانونی باشد.^{۴۰۹} به عبارت دیگر: مسؤولیت مدنی عبارت است از تعهد به جبران خسارت توسط ضرر زنده به زیان دیده (متضرر) در اثر عدم اجرای عقد، اجرای با تأخیر عقد و حوادث حقوقی.

هدف از مسؤولیت مدنی جبران خسارت زیان دیده و تسلی ظاهری وی، مجازات خطاکار و بازداشتن وی و دیگران از ارتکاب مجدد فعل زیانبار و ایجاد صلح و ثبات و برقراری اخلاق خاص در جامعه است. برخی از این اهداف متوجه زیان دیده، برخی دیگر متوجه جامعه و برخی نیز متوجه سایر وارد کنندگان زیان

۴۰۶. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۶۴۲.

۴۰۷. حسن بادینی (۱۳۹۲). فلسفه مسؤولیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۲۵.

۴۰۸. همان، حسن بادینی، صص ۲۷ و ۲۸.

۴۰۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص

۱۸۳۹ و ۱۸۴۰.

بالمقوه و جامعه به طور کلی است.^{۴۱۰} از آنچه گفته شد به خوبی واضح می‌گردد که مسؤولیت مدنی دو نوع است: مسؤولیت مدنی عقدی و مسؤولیت مدنی غیر عقدی

۱- مسؤولیت مدنی قراردادی (ضمان عقدی): مسؤولیت مدنی قراردادی عبارت از مسؤولیتی است که برای متعهد به دلیل عدم اجراء و یا اجرای با تأخیر عقد در برابر متعهد له ایجاد می‌شود. چون این مسؤولیت برای فرد در برابر فرد دیگر ایجاد می‌شود به آن مسؤولیت مدنی می‌گویند. همچنین، چون این مسؤولیت ناشی از عدم اجراء یا اجرای با تأخیر قرارداد است، به آن مسؤولیت مدنی قراردادی می‌گویند.^{۴۱۱} مطابق ق. م ریشه مسؤولیت مدنی قراردادی، قرارداد است.

۲- مسؤولیت مدنی غیرقراردادی (ضمان فهری): مسؤولیت غیر قراردادی که «ضمان فهری» نیز گفته می‌شود ویژه حالتی است که شخص از تعهدهای قانونی و عمومی سرپیچی کند و در نتیجه به دیگری ضرر بزند. به عنوان مثال، قانون حکم می‌نماید که در رفتار و گفتار خود محتاط باشید، بی‌مبالاتی نکنید، تهمت نزنید، آدم نکشید، مال دیگری را غصب و تلف ننمایید. اکنون اگر کسی به این تکالیف عمومی که حقوق برای همه مقرر داشته است عمل نکند و در نتیجه این تخلف خسارتی به دیگری برساند، باید آن را جبران کند. ریشه این مسؤولیت، عقد بین او و متضرر نیست، تخلف از تکالیف قانونی است که برای همه وجود دارد.

مطابق ق. م. ۱ مسؤولیت مدنی غیرقراردادی از حادثه حقوقی ناشی می‌شود. منبع حادثه حقوقی مطابق ق. م. ۱ فعل مضر بر مال مانند اتلاف و غصب، فعل مضر بر نفس مانند قتل، ضرب و جرح، فعل مفید مانند استیفای ناروا و عمل فضولی است. همچنین، فعل با تقصیر شخص که منجر به ورود ضرر به شخص دیگر گردد و رابطه سببیت میان عمل و ضرر وجود داشته باشد منبع حادثه حقوقی و مسؤولیت مدنی غیرقراردادی است.^{۴۱۲}

۲) مسؤولیت جزایی: مسؤولیت جزایی، مسؤولیت مرتکب جرم از جرایم مصرحه در قانون را گویند و شخص مسؤول به یکی از مجازات های مقرر در قانون خواهد رسید. در مسؤولیت جزایی، متضرر از جرم، اجتماع است بر خلاف مسؤولیت مدنی که متضرر آن فرد است.^{۴۱۳} ضمانت اجراهای مسؤولیت جزایی، حبس، اعدام، پرداخت جریمه و ... است.

۴۱۰. حسن بادینی (۱۳۹۲). فلسفه مسؤولیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۳۲۰ و ۳۲۱.
۴۱۱. جهت مطالعه مفصل در مورد ارکان، شرایط و آثار مسؤولیت مدنی قراردادی نک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان، حقوق و جابج، جلد (۱)، چاپ ششم، کابل، انتشارات سعید، صص ۲۳۹-۲۴۷.
۴۱۲. جهت مطالعه مفصل در مورد ارکان، شرایط و آثار مسؤولیت مدنی غیرقراردادی نک: همان، نظام الدین عبدالله، جلد (۱)، بخش حوادث حقوقی.
۴۱۳. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۴). دوره مقدماتی حقوق مدنی: وقایع حقوقی، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۶۴۲.

۳) **مسئولیت اداری:** مسئولیت اداری عبارت از پاسخگو بودن کارکن در برابر اداره به دلیل نقض قواعد اداری است. مجازات اداری، ضمانت اجرایی است که بر تخلف از قوانین اداری مرتب می شود. این مجازات عبارت اند از: توصیه، اخطار، کسر معاش، تبدیلی و غیره است.

۴) **مسئولیت سیاسی:** مسئولیت سیاسی عبارت از پاسخگویی وزرا در برابر پارلمان و تطبیق مجازات سیاسی است. مجازات سیاسی، ضمانت اجرایی است که بر تخلف از قواعد حقوق اساسی که مربوط به وزراء می شود مرتب می شود. این مجازات توسط شورای ملی در قالب استیضاح و در نتیجه رأی عدم اعتماد اعمال می شود. از آنچه گفته شد، دو نتیجه به دست می آید:

اول این که: ضمانت قواعد مدنی تنفیذ اجباری و جیبه یا تعهد، فسخ، بطلان، اعاده حالت اولی و در صورت عدم امکان جبران خسارت است؛ ضمانت اجرای قواعد جزایی مجازات است؛ ضمانت اجرای قواعد اداری مجازات اداری است و ضمانت اجرای قواعد حقوق اساسی استیضاح و سلب اعتماد است. برای این که این مجازات ها بر شخص مسؤل تطبیق شود لازم است تا مسئولیت شخص ثابت گردد که این امر فی نفسه مستلزم مراجع شبه قضایی و قضایی و اصول محاکمات است.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که نقض قواعد حقوقی موجب ایجاد مسئولیت حقوقی می گردد. برای اثبات مسئولیت حقوقی باید شخص متضرر و یا نماینده دولت (مدعی العموم/ دادستان/ خارنوال) مسئولیت شخص را ثابت نماید. اثبات مسئولیت شخص معمولاً در محکمه به حیث مثال مسئولیت مدنی، جزایی و یا خارج از محکمه معمولاً در مسئولیت اداری و یا سیاسی صورت می گیرد. برای صدور حکم در مورد مسئولیت شخص مراجع شبه قضایی یا محکمه باید مطابق قواعد اصول محاکمات حکم صادر نماید یا مسئولیت را تشخیص دهد. ضمانت اجراها در مراجع معین صورت می گیرد. به حیث مثال، ضمانت اجراهای جزایی در خارنوالی، ضمانت اجرای مدنی توسط ریاست حقوق، ضمانت اجراهای اداری در اداره و ضمانت اجراهای سیاسی در شورای ملی بر شخص مسؤل تطبیق می شود.

دوم این که: مسئولیت مختص انسان ها است و حیوانات، نباتات و جمادات مسئولیت ندارند. جدول ذیل بیانگر انواع مسئولیت و ضمانت اجرای عدم نقض قواعد حقوقی است:

بخش دوم: منابع حقوق: اصول کلی حقوق | ۲۵۹

شماره	قواعد	مسئولیت	جزا	تطبيق کننده
۱	قواعد مدنی	مسئولیت مدنی	اعاده حالت اولی، فسخ، بطلان، تنفیذ جبری تعهد، پرداخت جبران خسارت	دولت
۲	قواعد جزایی	مسئولیت جزایی	حبس، اعدام، جریمه نقدی، حرمان از برخی حقوق مدنی و امثال اینها	دولت
۳	قواعد اداری	مسئولیت اداری	توصیه، اخطار، کسر معاش، تبدیلی و امثال اینها	آمر
۴	قواعد حقوق اساسی	مسئولیت سیاسی	استجواب، استیضاح و سلب اعتماد	شورای ملی
۵	قواعد عرفی	مسئولیت عرفی	قطع روابط، گله، شکایت و امثال اینها	مردم
۶	قواعد دینی	مسئولیت مدنی	مجازات دنیوی و اخروی	دولت اسلامی و خداوند ﷻ
۷	قواعد اخلاقی	مسئولیت اخلاقی	سرزنش کردن خویشتن، پشیمان، ندامت و نظیر اینها	وجدان

گفتار پنجم) مخاطب ساختن اشخاص

ویژگی دیگر قواعد حقوقی این است که این قواعد موجوداتی را مخاطب قرار می دهد که از شخصیت حقوقی برخوردارند. اشخاص نیز دو دسته اند: اشخاص حقیقی و اشخاص حکمی. بنابراین، موضوع و مخاطب قواعد حقوقی اشخاص حقیقی و حکمی اند و جمادات، نباتات و حیوانات را در بر نمی گیرد، زیرا، جمادات، نباتات و حیوانات فاقد شخصیت اند و تکلیف پذیر نیستند.

باوجوداین، در برخی موارد استثنایی امکان دارد حیوانات و جمادات موضوع قواعد حقوقی قرار بگیرند، مانند قواعد مندرج در قانون معادن، آب، قانون شکار و امثال اینها که موضوع آنها جماد و حیوان است. باوجوداین، حتی در این گونه موارد مخاطب اصلی اشخاص اند، زیرا این اشخاص اند که قواعد حقوقی را بر حیوانات، نباتات و جمادات تطبیق می نمایند.

گفتار ششم) قواعد حقوقی، قواعد رفتاری است

قاعده حقوقی يك قاعده رفتاری است؛ به این معنی که قاعده حقوقی شیوه عمل (چگونگی رفتار) اشخاص را ترسیم می کند و آنها را به پیروی از آن ملزم می کند. به عنوان مثال، قاعده ای که مشتری را ملزم می کند که ثمن مبیع را بپردازد، وی را به شیوه خاصی از رفتار وادار می کند که لازم است آن را در رفتارش مراعات کند. مثال دیگر: قواعد مربوط به اصول وظایف داخلی شورای ملی، نمایندگان و سناتوران را مکلف می نمایند، در رأی دهی، ابراز نظر و امثال اینها رفتارهای خاص را رعایت نماید. همچنین، قواعد مربوط به اصول محاکمات، قضات و طرفین دعوی را مکلف به رعایت رفتارهای معین در محاکم می نماید.

گفتار هفتم) آمره و ناهیه بودن قواعد امری

چنانچه تفصیل آن گذشت، قواعد به اعتبار ایجاد تکلیف و حق به قوانین امری و اختیاری تقسیم می شود. قواعد امری برخلاف قواعد اختیاری امر و نهی می نمایند و افراد نمی توانند برخلاف آن توافق نمایند. بنابراین، قواعد امری آمره (امر کننده) و ناهیه (نهی کننده/ منع کننده) اند. به حیث مثال، ماده ۴۲ ق. ا که حکم می نمود: «هر افغان مکلف است مطابق به احکام قانون به دولت مالیه و محصول تأدیه کند [...]». یک قاعده آمره است زیرا طبق این قاعده هر تبعه افغانستان مشروط بر این که واجد شرایط باشد باید به دولت مالیه و محصول بدهد.

همچنین، ماده ۲۹ ق. ا که حکم می نمود: «تعذیب انسان ممنوع است. هیچ شخص نمی تواند حتی به مقصد کشف حقایق از شخص دیگر، اگر چه تحت تعقیب، گرفتاری یا توقیف و یا محکوم به جزا باشد، به تعذیب او اقدام کند یا امر بدهد. تعیین جزایی که مخالف کرامت انسانی باشد، ممنوع است.» یک قاعده ناهیه است. این قاعده تعذیب انسان در مرحله تعقیب، گرفتاری و توقیف را هرچند به مقصد کشف حقیقت باشد ممنوع اعلام می کند. لذا، پولیس و خازنوالی نمی توانند در این مرحله مظنون و متهم را تعذیب نمایند.

گفتار هشتم) علنیت و معطوف به آینده بودن

قواعد حقوقی باید بر همگان علنی باشد. به عبارت دیگر: قانون نباید پنهان باشد. لذا، قوانین باید در دسترس همگان قرار داشته باشد. قاعده جهل به قانون عذر پنداشته نمی شود (ماده ۵۶ ق. ا) ناشی از همین خصوصیت قانون است. اصل این است که قوانین برای آینده است و به گذشته رجعت نمی کند که تفصیل آن در ذیل اصل عدم رجعت قانون به ماقبل گذشت.

برخی حقوقدانان بر این نظر اند که قانونگذار همچنان که نمی تواند برای هر فرد، قاعده حقوقی وضع کند، قادر نیست برای لحظه لحظه زندگی حقوقی وی نیز قاعده وضع کند. قاعده حقوقی حاکم بر روابط اجتماعی است و دایمی بودن آن مرهون همین نقش است.^{۴۱۴} واژه دایمی در زبان فارسی مرادف «جاویدان و ابدی» است. اما، در اصطلاح علم حقوق مراد از دایمی آن چیزی است که مقید به زمان خاص نبوده و تا زمانی که توسط موضوع جایگزین، نسخ نگردیده است دارای اعتبار بوده و قانونگذار در مقام وضع قانون و قاضی در صدور حکم و تفسیر قانون نمی توانند آن را نادیده بگیرند.^{۴۱۵}

قواعد حقوقی از جهت زمان نیز به زمان مشخصی محدود نمی شود و می توان این قواعد را در تمام زمان ها مورد بهره برداری قرار داد مگر اینکه نسخ شوند. پلانپول، حقوقدان برجسته فرانسوی در این باره می نویسد: «قواعد حقوقی سبب ایجاد و استقرار نظم و امنیت در جامعه می گردد. این قواعد عام و دایمی هستند و به فرد خاص یا زمان معینی محدود نمی شوند.»^{۴۱۶} ریپر، دیگر حقوقدان غربی می گوید: قواعد حقوقی زمان مند نیست.^{۴۱۷}

دایمی بودن قواعد حقوقی محل ایراد به نظر می رسد، زیرا هیچ قانون وضعی دایمی نیست، بلکه تا زمانی که قانون نافذ است، قواعد حقوقی دایمی است و با نسخ شدن قانون قواعد ناشی از آن صفت دوام را از دست می دهند. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که قانون به طور مطلق دایمی نیست و در صورت منسوخ شدن این وصف را از دست می دهد.

۴۱۴. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، جلد (۱)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۵۳۸.

۴۱۵. محسن صادقی (۱۳۸۴). اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۳۴.

۴۱۶. پرویز صانعی (۱۳۸۱). حقوق و اجتماع، چاپ اول، تهران: انتشارات طرح نو، ص ۲۶.

۴۱۷. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، جلد (۱)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۴۴۵.

فصل شانزدهم: متحدالمال ها و مصوبات ستره محکمه و دکترین

متحدالمال ها و مصوبات ستره محکمه و دکترین منابع دیگر حقوق افغانستان اند.

مبحث اول) متحدالمال های ستره محکمه

در افغانستان میان حقوقدان معروف است که رویه قضایی یکی از منابع حقوق افغانستان است. این دسته از حقوقدانان بر این نظر اند که رویه قضایی^{۴۱۸} به نظر می رسد از نظام حقوقی فرانسه و انگلستان وارد نظام حقوقی افغانستان شده است. در حقوق کامن لا برخی حقوقدانان در تعریف رویه قضایی می گویند: رویه قضایی عبارت از تصمیم قبلی قضایی است که می تواند به عنوان معیار یا رهنمود در قضیه بعدی استفاده شود.^{۴۱۹}

همچنین، صدور آراء متعدد توسط محاکم در موضوع واحد و تأیید آن توسط مرجع عالی قضایی است.^{۴۲۰} این نظر محل ایراد است زیرا نظام حقوقی افغانستان رویه قضایی و قضیه های قبلی^{۴۲۱} به نظر می رسد که در نظام حقوقی افغانستان منبع نیست^{۴۲۲} زیرا نظام حقوقی افغانستان نظام حقوقی رومن ژرمنیک و اسلام است. قضات مکلف نیستند از تصامیم قبلی محاکم فوقانی تبعیت نمایند. حتی قضایا و

418. Precedents / judicial decisions.

419 . William P. Statsky (____). Family Law, 6th edi, New York: Delmar Gengage leaning, p 6.

۴۲۰ . حسین آراسته و دیگران (۱۳۸۹). در باره علم حقوق، چاپ اول، تهران: نشر کتاب، ص ۱۱.

421. Precedents.

۴۲۲ . در خصوص قضایای قبلی در نظام حقوقی کامل لا نک:

Frank August Schubert (2008). Introduction to Law and the Legal Systems, eleventh edition, USA: Cengage Learning, pp 102- 110.

فیصله های محاکم نشر نمی شوند و در دسترس حقوقدانان و شهروندان قرار نمی گیرد. از زمان ایجاد ستره محکمه تاکنون صرف دو بار فیصله های محاکم به قرار ذیل نشر شده است:

(۱) _____ (۱۳۸۸). آشنایی با احکام قضایی محاکم، جلد (۱)، قرار های قضایی دیوان های ستره محکمه جمهوری افغانستان، کابل: پروژه امور عدلی و قضایی افغانستان، اداره انکشافی بین المللی ایالات متحده امریکا.

(۲) _____ (۱۳۹۸). راپور فیصله های قطعی و نهایی محاکم، چاپ اول، کبائل: ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان.

قضات در این قضایا برخلاف نظام حقوقی کامن لا قواعد جدید ایجاد نکرده اند بلکه منابع حقوق مانند قوانین، فقه، عرف و ... را تطبیق نموده اند. بنابراین، در نظام حقوقی افغانستان برخلاف نظام حقوقی کامن لا اصلاً قضیه قبلی وجود ندارد که موجب قواعد حقوقی جدید باشد. آنچه در نظام حقوقی افغانستان وجود دارد متحدالمال ها و مصوبات ستره محکمه است.

در خصوص متحدالمال های ستره محکمه در نظام حقوقی افغانستان چهار سؤال مطرح است: اول این که متحدالمال چگونه ایجاد می شود؟ دوم این که متحدالمال چیست؟ سوم این که اهمیت متحد المال چیست؟ چهارم این که آیا متحدالمال های ستره محکمه به عنوان منبع حقوق توسط قوانین افغانستان به رسمیت شناخته شده است یا خیر؟

در پاسخ به سؤال اول باید گفت که طبق مواد ۱۳۰ و ۱۳۱ قانون اساسی و ماده ۱ ق. م در رسیدگی به قضایا قضات مکلف اند احکام قوانین، احکام فقه حنفی را برای پیروان مذهب حنفی و احکام فقه شیعه را در مسایل مربوط به احوال شخصیه برای پیروان اهل تشیع تطبیق نمایند.

در صورت عدم موجودیت حکم در فقه، قضات مکلف اند عرف و عادات را تطبیق نمایند. در صورت نبود عرف و عادات را تطبیق می نمایند. پرسش است که هرگاه عرف نیز وجود نداشته باشد، تکلیف چیست؟ آیا قاضی می تواند از صدور فیصله و تأمین عدالت امتناع ورزد؟ پاسخ این پرسش منفی به نظر می رسد، زیرا در صورت نبود حکم در قوانین، فقه، عرف و عادات و اصول کلی حقوق، قضات می توانند از شورای عالی ستره محکمه استهداء نمایند.

معمولاً محاکم در قضایای مورد رسیدگی قانون اساسی و قوانین را تطبیق می نمایند و در ساحه ای که قانون موجود نباشد، محکمه با مراجعه به احکام شریعت حکم قضیه را در می یابد که عدالت را تأمین نماید و در حالی که قانون ساکت، ناقص، غامض (مبهم)، مجمل (کوتاه) و متناقض بوده محتاج تفسیر، یا توجیه باشد و یا سؤال مطابقت آن با قانون اساسی مطرح گردد، ستره محکمه صلاحیت ابراز نظر در مورد مطابقت آن با قانون اساسی و یا تفسیر و توجیه قانون را دارا می باشد که به درخواست حکومت یا محاکم صورت می گیرد.

محاکم به ارتباط موضوع در دو حالت از ستره محکمه خواهان رهنمایی می باشند. یکی در حالی که حکم قانون موجود نباشد که در این صورت با رعایت تصویب مندرج فقره (۱۰۳) دومین سیمینار رؤسای محاکم ولایات منعقدہ سال ۱۳۵۰ هـ. ش، به مآخذ فقهی مراجعه نموده به منظور توحید و انسجام و تعمیم قواعد و مسایل مفتی به فقه، دلایل رجحان قول را با ارایه مرجع و دلایل حکم به ستره محکمه ارسال می نماید. دوم در حالی که قانون محتاج تفسیر و توجیه باشد که در این صورت محاکم مطابق طرز العمل توضیح به استهدآت مصوب سیمینار عالی رؤسای محاکم منعقدہ سال ۱۳۸۶ هـ. ش اقدام می نماید.

در ماده چهارم طرز العمل توضیح با استهدآت مصوب ۱۳۸۶ هجری شمسی تصریح گردیده است که: «هر محکمه در قضایای وارده اولاً به رهنمایی قانون و کتب فقهی، غور نموده و حتی المقدور بکوشد در روشنایی احکام قانون و استفاده از منابع فقهی در زمینه رسیدگی و اصدار حکم نماید. هرگاه در موضوع وارده به چنان مشکلاتی مواجه شود که تناقض در مواد قانون و یا ابهام و اشکال مطلق به نظر برسد که احتیاج به تفسیر قانون داشته باشد، در این صورت مراتب استهدائیه را در سه بخش ترتیب دهند: در بخش اول محتویات اصل موضوع را به تفصیل کامل درج نماید. در بخش دوم نظر خود را که از مطالعه قوانین و منابع فقهی در موضوع مذکور حتی المقدور به دست آورده است، ارایه کند.

در بخش سوم موضوع ضرورت به تفسیر و توجیه قانون را با مدارک مورد مطالعه شان با رعایت سلسله مراتب به ستره محکمه ارجاع نماید.

البته موضوعاتی که ایجاب توضیح، توجیه و تفسیر قانون را می نماید، به مقام شورای عالی ستره محکمه تقدیم و مطابق هدایت مقام موصوف نتیجه ابلاغ می گردد». طوری که در ماده پنجم طرز العمل پیش بینی شده است، محاکم در تنظیم و ترتیب استهداء مراتب ذیل را در نظر می گیرند:

۱) در موضوعاتی که به اساس قوانین و احکام فقهی حل می گردد، بدون ضرورت جدی از استهداء خودداری ورزیده باعث سرگردانی مراجعین و شعب مربوط نگردند.

۲) در صورتی که علی الرغم مطالعات مقدماتی محکمه، ضرورت به توضیح، توجیه و یا تفسیر موجود باشد با در نظر داشت قواعد مندرج این طرز العمل استهداء شان را ترتیب نمایند.

۳) نظریات تدقیقی و مشورتی که از طریق شعبات ستره محکمه تنظیم می شود جنبه الزامی نداشته اساس حکم محکمه قرار نمی گیرد بلکه محکمه مربوط می تواند به حیث یک نظر مشورتی از آن استفاده نماید و در اصدار حکم و اتخاذ تجویز آزادی کامل دارند».

با رعایت ماده ششم طرز العمل، زمانی که محکمه به مشکل قانونی مواجه می گردد و راه حل را نمی یابد، موضوع را به جلسه هیأت قضایی مطرح می کند و در صورتی که هیأت قضائی نیز نتواند پاسخ تهیه کند، استهداء به جلسه مشترک دیوان های ریاست محکمه استیناف محول می گردد. محکمه استیناف،

محکمه مربوط را رهنمایی می نماید و در صورتی که موضوع قابل توضیح، توجیه و تفسیر دانسته شود، تفصیل موضوع را به مقام ستره محکمه می نگارد.

طوری که در مواد ۸ - ۱۲ طرز العمل توضیح شده است، رسیدگی به استهدآت و توضیح قانونی بر آن مطابق ماده ۳۱ فقره ۶ قانون تشکیل و صلاحیت محاکم قوه قضائیه مصوب ۱۳۹۲ / ۴ / ۹ هـ. ش از صلاحیت شورای عالی ستره محکمه می باشد. در آغاز ریاست عمومی تدقیق و مطالعات بر استهدآت واصله غور نموده نظر تدقیقی را ابراز می نماید. نظر مذکور به ریاست دارالانشاء ارسال می گردد. در صورتی که نظر حاوی توضیح و تشریح قوانین باشد بعد از منظوری قاضی القضاة به مرجع آن اخبار می شود و در حالی که نظر متضمن توجیه و تفسیر قانون باشد در این صورت جهت غور به شورای عالی محول می گردد.

هرگاه نظر تدقیقی جنبه عام داشته و از طرف قاضی القضاة یا شورای عالی ستره محکمه تأیید گردد، ریاست دارالانشاء موضوع را جهت توحید رویه قضائی و تطبیق یکسان قوانین به محاکم طور متحد المال تعمیم می نماید^{۴۳} و به این ترتیب رویه قضایی ایجاد می گردد که یک مثال آن در ذیل ذکر می گردد:

طبق ماده ۱۷۶ ق. م و فقه در صورتی که زوج عین و محبوب و خنثی مشکل باشد، زوجه می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق قضایی به دلیل عیب جنسی شوهر نماید. اما، در صورتی که شوهر عقیم باشد تکلیف چیست؟ آیا زوجه می تواند به دلیل عقامت شوهر از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق به سبب عقامت شوهر نماید؟ در این خصوص ق. م ساکت است. در فقه نیز در این خصوص فقهاء برخلاف سایر عیوب جنسی زوج ابراز نظر نکرده اند. در این باره عرف و اصول کلی حقوق نیز وجود ندارد. در خصوص این موضوع محکمه استیناف بدخشان از شورای عالی ستره محکمه استهداء کرد و شورای عالی ستره محکمه نظر داد که زوجه می تواند به سبب عقامت شوهر از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق قضایی نماید و به این ترتیب رویه قضایی ایجاد که در ذیل متن این نظر نقل می گردد:

متحدهالمال شماره (۸۲۶-۹۰۳) مورخ ۲۴ / ۴ / ۱۳۹۴ دارالانشاء شورای عالی:

ریاست محکمه استیناف ولایت بدخشان ذریعه نامه شماره (۶۷۸۶/۷۸۴۹) مورخ ۱۶ / ۱۱ / ۱۳۹۳ خویش مطالب ذیل را استهدا نموده اند:

«۱- دوسیه حقوقی یکن از اصحاب دعوی راجع به عیب عقامت به محکمه شهری اصل و خواهان تفریق نکاح شده است. از آنجائی که به مواد (۱۷۶/۱۷۹) قانون مدنی مراجعه گردید، قانون مدنی از تفریق

به سبب مرض و عیب بحث نموده اما موارد آن را مشخص نکرده است. حسب هدایت ماده ۱۳۰ قانون اساسی حین که به فقه حنفی مراجعه شد، نظر امام ابوحنیفه رحمته و ابو یوسف رحمته بر این است که تفریق به استثنای جب عنین و خصی بودن زوج در دیگر عیوب صورت نمی گیرد، اما فقهای غیر احناف و بعضی از حقوق دانان معاصر عیب عقامت را سبب تفریق می دانند. در چنین موارد اختلاف آراء قضایی وجود داشته جهت دریافت نظریه های صائب و درست طالب هدایت و رهنمایی می باشیم.

عقامت زوج عیب است یا خیر؟ در قانون مدنی عقامت زوج را عیب نگفته است و طبق هدایت مواد قانون اساسی کشور به فقه احناف مراجعه صورت گرفته است در فقه احناف عقامت زوج را اسباب تفریق نخوانده و فقهاء غیر احناف و حقوق دانان معاصر عقامت زوج را ضرر و اسباب تفریق گفته اند.

این استهدائیه در جلسه هئیت رهبری دیوانهای استیناف تحت غور همه جانبه قرار داده شد. در این جلسه تصویب گردید که این دعوی پیش آمده یک معضله عمومی و قانونی بوده است. هئیت رهبری دیوان های ریاست محکمه استیناف ولایت با مطابقت به نظر هئیت قضائی دیوان مدنی و حقوق عامه ریاست محکمه ابتدائیه شهری ولایت بدخشان عقامت زوج را ضرر و اسباب تفریق می دانند.

با آن هم موضوع قابل استهداء می باشد. طبق هدایت فقره سوم ماده ششم طرز العمل استهداآت بعد از نظر هئیت رهبری دیوان های ریاست محکمه استیناف به مقام محترم عالی ستره محکمه تقدیم شد. در زمینه خلأ این معضله رهنمایی لازم و رهنمود قانونی بفرمایند.»

راجع به موارد فوق الذکر مدققین قضائی چنین ابراز نظر نمودند: ماده (۱۷۶) قانون مدنی در مورد تفریق به سبب عیب چنین صراحت دارد: «زوجه وقتی می تواند مطالبه تفریق نماید که زوج مبتلا به مرضی باشد که اعاده صحت وی غیر ممکن یا مدت طولانی برای معالجه او لازم باشد، به نحوی که معاشرت با زوج بدون ضرر کلی متعذر باشد».

در ماده فوق الذکر برای صحت دعوی تفریق به سبب عیب دو شرط در نظر گرفته شده است:

زوج مبتلا به مرضی باشد که باعث ایجاد ضرر در معاشرت زوجیت گردد.

مرض باید قابل علاج نباشد و یا حد اقل مدت طولانی (بیشتر از یکسال) برای علاج آن لازم باشد.

بنابراین، از این که عقامت زوج که در نتیجه با خصی بودن یکسان است در اهداف معاشرت زوجیت از جمله تولید نسل باعث ضرر می گردد. بنابراین، از جمله امراضی شمرده می شود که موجب صحت دعوی تفریق به سبب عیب پیشبینی گردیده است.

موضوع در جلسه مورخ ۱۳۹۴/۱/۱۱ شورای عالی ستره محکمه گزارش یافت. بالاثرتی مصوبه شماره

(۶۰) چنین هدایت صادر گردید:

نظر ریاست محترم تدقیق و مطالعات تأیید شد به معرجش اخبار گردد. مراتب فوق طی نامه شماره (۹)

مورخ ۱۳۹۴/۱/۲۵ به ریاست محکمه استیناف ولایت بدخشان اخبار و بدین وسیله طور متحدالامال تعمیم

شد تا ریاست های محاکم استیناف ولایات با رعایت آن اجراءات شان را عیار نموده موضوع را به محاکم مربوط خویش نیز اطلاع دهند.

حال که دانسته شد متحدالمآل ها در نظام حقوقی افغانستان چگونه صادر می گردد، در پاسخ به سؤال دوم باید گفت متحد المآل اسم مرکب است و از دو کلمه متحد و مآل گرفته شده است. متحد به معنی واحد و یکپارچه است. مآل از «آل یا أول اولاً» گرفته شده است که در لغت به معنی عودت و برگشت به مرجع واحد می باشد.

در نظام حقوقی افغانستان متحدالمآل را باید به طور جداگانه در نظام اداری و قضایی تعریف کرد. در اصطلاح حقوق اداری، به مکاتیب متعدد که دارای موضوع و مرجع واحد باشد، متحدالمآل می گویند. در اصطلاح قضایی نیز این تعریف صادق است. بنابراین، در اصطلاح قضایی نیز متحدالمآل عبارت از اسنادی اند است که طی آن تجویز مقام ذیصلاح ستره محکمه در زمینه توضیح، تفسیر و توجیه قوانین و رویه های قضائی به محاکم تحتانی ابلاغ می گردد.^{۴۲۴}

اهمیت متحدالمآل این است که رعایت متحدالمآل های قضائی ستره محکمه باعث توحید رویه قضایی و تطبیق بلاانحراف و یکسان قوانین می شود. متحدالمآل های ستره محکمه در مجله قضاء به صورت ماهوار و در نشریه میزان در هر ده روز یکبار نشر می گردد. از سال ۱۳۸۵ هـ تا اخیر سال ۱۳۸۸ هـ ش، ۲۳۱ متحدالمآل از طریق ادارات ذیصلاح ستره محکمه به محاکم صادر شده است که از آن جمله ۵۰ موضوع آن در سال ۱۳۸۵ هـ ش، ۷۵ موضوع آن در سال ۱۳۸۶ هـ ش و ۶۴ موضوع آن در سال ۱۳۸۸ هـ ش تعمیم یافته است.^{۴۲۵} همچنین، از سال ۱۳۰۹ الی کنون متحدالمآل های ذیل چاپ و نشر شده است:

- ۱) محمد عثمان ژوبل (۱۳۵۳). مجموعه متحدالمآل های اداری و قضایی مربوط به محاکم، بخش اول، مربوط سال های ۱۳۰۹ الی ۱۳۳۹، نشرات قضایی وزارت عدلیه؛
- ۲) محمد عثمان ژوبل (____). مجموعه متحدالمآل های اداری و قضایی مربوط به محاکم، بخش اول، مربوط سال های ۱۳۴۰ الی ۱۳۴۶، نشرات قضایی وزارت عدلیه؛
- ۳) محمد عثمان ژوبل (____). مجموعه متحدالمآل های اداری و قضایی مربوط به محاکم، بخش اول، مربوط سال های ۱۳۴۶ الی ۱۳۴۷، نشرات قضایی ستره محکمه؛
- ۴) محمد عثمان ژوبل (____). مجموعه متحدالمآل های اداری و قضایی مربوط به محاکم، بخش اول، مربوط سال های ۱۳۴۸ الی ۱۳۴۹، نشرات قضایی ستره محکمه؛

۴۲۴. همان، محمد عثمان ژوبل، صص ۹-۱۴.

۴۲۵. همان، محمد عثمان ژوبل، صص ۹-۱۴.

۵) محمد عثمان ژوبل (____). مجموعه مجموعه متحده المال، مصوبات و رهنمودها سال های ۱۳۸۵-۱۳۸۸، کابل: ستره محکمه؛ و

۶) محمد عثمان ژوبل (____). مجموعه مجموعه متحده المال، مصوبات و رهنمودها سال های ۱۳۸۹-۱۳۹۳، کابل: ستره محکمه.

۷) احمد فهیم قویم (۱۳۹۸). مجموعه متحده المال، سال های ۱۳۹۴-۱۳۹۷، کابل: ستره محکمه. مبنای متحده المال ها قانون تشکیلات و صلاحیت قوه قضائیه مصوب ۱۳۹۲ منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۰۹ است. ماده ۳۱ فقره ۶ این قانون در این خصوص می گوید: «شورای عالی ستره محکمه در ساحه قضائی دارای وظایف و صلاحیت های ذیل می باشد: ۶- بررسی استهدآت و رایه توضیحات برای محاکم به منظور تطبیق سالم قانون و تأمین وحدت رویه قضائی.» طبق نص این ماده طبق نص این ماده بررسی استهدآت و رایه توضیحات برای محاکم و تأمین وحدت رویه قضایی یکی از وظایف شورای عالی ستره محکمه است.

مبحث دوم) دکترین

به نظر می رسد نظریات دانشمندان حقوق منحیث یکی از منابع غیرمستقیم حقوق از نظام حقوقی رومن ژرمنیک و کامن لا وارد نظام حقوقی افغانستان شده است که در انگلیسی به آن (Doctrine) می گویند. نظریات دانشمندان حقوق، عقاید و نظریات دانشمندان حقوق است که در باره توضیح، تشریح و بسط قوانین، اصول کلی حقوق، عرف های حقوقی و رویه قضایی رایه می گردد.

این نظریات به وسایل گوناگون ابراز می شود. استادان در دروس و تألیفات، وکلای مدافع در دفاع خود، نویسندگان در نوشته ها و یادداشت های خود و بعضاً نیز در مجامع علمی و کنفرانس های ملی و بین المللی به صورت سخنرانی ایراد می شود. دانشمندان حقوق با پیشنهاد های تازه و نقد آرای محاکم و نشان دادن مصالح و مفساد قوانین و دسته بندی کردن آراء و اصول تلاش می نمایند نظریات خویش را ارائه نمایند.

نظریه های دانشمندان حقوق جنبه رسمی ندارد و قدرت سیاسی دولت نیز از آن حمایت نمی کند. روی همین دلیل این نظریه ها الزام آور نیست. ^{۴۲۶} علاوه براین، نظریات دانشمندان حقوق متعارض و گوناگون است. بنابراین، برای قاضی مشکل خواهد بود که کدام نظر را قبول نماید. همچنین، نظریات دانشمندان حقوق امکان دارد که هنوز در قالب فرضیه باشد و به نظریه علمی تبدیل نشده باشد. همچنین، نظریات دانشمندان حقوق نظریات شخصی و علمی آنها است و امکان دارد یک حقوقدان به دلیل عدم دقت علمی، نداشتن تخصص، فهم و دانایی لازم و تجربه در رایه نظریه مرتکب اشتباه شود.

دکترین منبع رسمی حقوق افغانستان را تشکیل نمی دهد. باوجوداین، دکترین در توسعه حقوق از اهمیت به سزایی برخوردار است. زیرا، دکترین نقش مهمی در ایجاد، تفسیر و اعمال قواعد حقوقی دارد به اندازه ای که برخی حقوقدان گفته اند که: «از نظر علم حقوق، نظریات دانشمندان حقوق همواره چراغ هدایت قانونگذار، قضات و مجریان قانون هستند.»^{۴۲۷} این تأثیر عملاً یا به وسیله آموزش یا هم در اثر تفسیر و گزارش های کتبی و یا تحقیقات و تتبعات انجمن های علمی صورت می پذیرد:

(۱) آموزش: افکار و نظریه های حقوقی که در دانشکده های حقوق و شرعیات تدریس می شود، بالاخره در کسانی که بعدها، قانونگذار یا قاضی می شوند اثر خود را می گذارد. زیرا، قانونگذار و قاضی چیزی از خود ابداع نمی کنند، بلکه نظری از نظریه های را که آموخته اند در متن قانون می آورند و سپس به منصفه اجراء می گذارند و به این ترتیب دکترین عامل غیرمستقیم ایجاد حقوق می گردد.

(۲) تفسیر ها و گزارش های کتبی: علاوه از طریق آموزش، نظریاتی که از طرف دانشمندان و استادان حقوق در مقالات، کتب و رسائل ارائه می گردد نیز برای مقننین و قضات یکی از منابع غیرمستقیم حقوق را تشکیل می دهد.^{۴۲۸}

نقش دکترین در توسعه حقوق بی نهایت مهم است. زیرا، دکترین قوانین، عرف، رویه قضایی را نقد می نمایند و نظریات جدید ارایه می نمایند. قانونگذار نیز در اصلاح قوانین از این نظریات استفاده می نماید. در نتیجه حقوق ساخته دانشمندان حقوق است. زیرا، اگر دانشمندان حقوق نباشد، حقوق جز چند قانون خشک، عرف و رویه قضایی نخواهد بود. بنابراین، نقش دانشمندان حقوق در حقوق مانند نقش فقهاء در شریعت است. زیرا، همانطور که فقه در روشنایی قرآن و حدیث ساخته فقهاء است، حقوق نیز ساخته دانشمندان حقوق است. از آنچه در باره منابع حقوق افغانستان بیان شد سه نتیجه مهم به دست می یابد:

نخست اینکه: اولین منبع ای حقوق در افغانستان قوانین اعم از اساسی، مدنی و سایر قوانین ذیربط بود. معاهدات نیز بعد از تصویب، توشیح، نشر و انفاذ قانون عادی تلقی می گردیدند. فرامین تقنینی نیز بعد از توشیح رئیس جمهور در حکم قانون و پس از تصویب شورای ملی و توشیح رئیس جمهور قانون عادی بود. اهمیت قانون در نظام حقوقی افغانستان به اندازه است که می توان ادعا کرد اگر قانون نباشد، حقوق وجود ندارد. به حیث مثال، در حال حاضر، در افغانستان قانون جرایم انترنتی وجود ندارد. لذا، حقوق جرایم انترنتی نیز وجود ندارد. قانون در نظام های حقوق نوشته از جمله افغانستان در مقایسه با سایر منابع از اهمیت ویژه برخوردار است و می توان آن را گوهر حقوق تلقی کرد، زیرا تعداد اصول کلی حقوق محدود است. در افغانستان رویه قضایی رشد نکرده است. عرف و عادات صرف در

۴۲۷. ولی الله انصاری (۱۳۹۰). کلیات حقوق قراردادهای اداری، چاپ پنجم، تهران: نشر حقوقدان، ص ۹۵.

۴۲۸. محمد نصیری (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، ص ۲۵؛ و سید جلال الدین مدنی

(۱۳۸۴). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ چهارم، انتشارات جنگل، ص ۳۷.

حوزه حقوق مدنی نقش دارد. منبع دوم فقه بود. منبع سوم عرف و عادات عمومی است (ماده ۱۳۰ ق.ا، ماده ۱ فقره دوم ق.م، ماده ۴۹۸ ق.ا.م.م). محاکم در عمل در صورت نبودن قوانین، فرامین، احکام فقهی، عرف و عادات و متحد المآل های ستره محکمه را تطبیق می نمودند. آنچه گفته شد، از لحاظ نظری است. اما، در عمل سلسله مراتب میان منابع حقوق افغانستان به این ترتیب بود:

(۱) قوانین به معنی عام که شامل قانون اساسی، قوانین عادی، مقررات، اساسنامه ها، لوایح و طرزالعمل ها می شود. قوانین در مفهوم عام یکی از منابع کلاسیک و مهم حقوق است. معمولاً قانونگذاران در تدوین قوانین، از عرف، شریعت، اصول کلی حقوق، نیاز های جامعه، اصول حقوق طبیعی، تجارب دولت های توسعه یافته و ... استفاده می نمایند. بنابراین، منابع قانون عرف جامعه، شریعت، اصول کلی حقوق، اصول حقوق طبیعی، نیاز های جامعه، تجارب ممالک پیشرفته و ... است. در این صورت، در نگاه اول به نظر می رسد آنچه در مورد منبع قانون و حقوق گفته شد، تعارض وجود دارد، زیرا چطور امکان دارد عرف، شریعت، اصول کلی حقوق و ... هم منابع حقوق و هم منابع قانون شوند، اما اگر اندکی دقت نماییم در می یابیم که حقوقدانان گاهی به صورت مستقل از شریعت در صورت مسکوت بودن قوانین، عرف، اصول کلی به صورت مستقیم استفاده می نمایند و گاهی نیز در تدوین و تسوید قوانین از این منابع استفاده می نمایند. به همین جهت، می بینیم که شریعت، عرف، اصول کلی هم منبع مستقیم و هم منبع قانون قرار می گیرد و سپس قانون منبع حقوق؛

(۲) فقه؛

(۳) عرف و عادات: به رغم این که عرف و عادات یکی از منابع حقوق افغانستان است، اما نقش آن صرف در ساحت حقوق خصوصی (و حقوق بین الملل) برانزده است. در ساحت حقوق خصوصی نیز مراجعه به عرف مشروط بر عدم مخالفت عرف با اسلام، قوانین وضعی و عدالت است. بنابراین، به نظر می رسد عرف و عادات هیچ نقشی در نظام حقوقی افغانستان در ساحت حقوق عامه ندارد.

با توجه به تعریف عرف عام به نظر می رسد پیدا کردن مصادیق عرف عام در افغانستان بسیار مشکل به نظر می رسد، زیرا نخست این که عرف ها معمولاً بدون نیستند تا قضات آن ها را فرا گیرند؛ دوم این که در افغانستان اقوام مختلف زندگی می نمایند و عرف و عادات این اقوام از یک ولایت تا ولایت دیگر متفاوت است و بنابراین مردم هر ولایت تقریباً تابع عرف و عادات خاص اند. سوم این که قانونگذار مدنی به قضات اجازه نمی دهد به عرف های خاص استناد نمایند. لذا، ماده ۲ ق.م ساحت عرف و عادات و استناد به عرف و عادات را بسیار محدود ساخته است که و قضات نمی توانند به عرف های خاص استناد نمایند که محل ایراد به نظر می رسد.

(۴) هرچند متحد المآل های ستره محکمه از لحاظ نظری یکی از منابع حقوق افغانستان را تشکیل می دهد اما نقش متحد المآل های ستره محکمه در نظام حقوقی افغانستان بسیار ناچیز و کم اهمیت

است، زیرا نظام حقوقی افغانستان مانند نظام های حقوقی رومن ژرمنیک مبتنی بر قانون^{۴۲۹} است نه برخلاف نظام های حقوقی کامن لا مبتنی بر رویه قضایی.^{۴۳۰} بنابراین، از یکطرف در نظام حقوقی افغانستان رویه های قضایی مانند نظام حقوقی کامن لا وجود ندارد و از طرف دیگر قضات مکلف نیستند از قضیه های قبلی^{۴۳۱} تبعیت و پیروی نمایند.

علاوه بر این، در عمل نیز در دانشگاه ها و مجامع علمی و اکادمیک به قضایا منحیث «رویه قبلی» استناد نمی شود. همچنین، در نظام حقوقی افغانستان برخلاف نظام حقوقی کامن لا قضات مکلف نیستند از قضیه ای که قبلاً توسط قضات دیگر فیصله شده است منحیث «قضیه قبلی» استفاده نمایند. بنابراین، به نظر می رسد آنچه را که در نظام حقوقی افغانستان رویه قضایی می نامند چیزی جز نظریات شورای عالی ستره محکمه نیست و رویه قضایی در نظام حقوقی افغانستان مانند نظام حقوقی انگلستان وجود ندارد.

در این نظام رویه های قضایی قواعد حقوقی جدید ایجاد می نمایند. در حالی که در نظام حقوقی افغانستان چنانچه از لابلای مطالعات نظریات ستره محکمه معلوم می گردد ستره محکمه از طریق ارایه نظریات «قواعد جدید حقوقی» ایجاد نمی نماید بلکه بیشتر قضات را رهنمایی به تطبیق قوانین می نماید و موارد بسیار اندک آن هم در ساحه مدنی، تجارتی، جزایی، اصول محاکمات قواعد جدید ایجاد می نماید.

همچنین، در نظام حقوقی افغانستان برخلاف نظام حقوقی انگلستان «راپور/ گزارش های قضایی» وجود ندارد. البته، در موارد محدود ستره محکمه در برخی حالات در مجله قضاء و ماهنامه میزان صرف تعداد قضایای را که حل و فصل نموده است گزارش می داد که آن با سقوط نظام جمهوریت به دست گروه طالبان متوقف شد. دسترسی به قضاء در نظام حقوقی افغانستان بسیار مشکل است. از یکطرف قضایا نشر و پخش نمی شوند و از طرف دیگر قضات قضایای حل و فصل شده را به دسترسی محققین قرار نمی دهند و آن را محرم تلقی می نمایند.

۵) نظریات دانشمندان حقوق که یکی از منابع غیرالزام آور و غیرمستقیم حقوق افغانستان را تشکیل می دهد. نقش این منبع نیز در نظام حقوقی افغانستان بسیار کم اهمیت است زیرا بسیاری از علمای حقوق مولد اندیشه حقوقی در افغانستان نیستند، بلکه مصرف کننده اندیشه های حقوقی دیگران به خصوص علمای حقوق نظام های حقوقی توسعه یافته هستند.

۶) قوانین و قاضی در شناسایی منابع حقوق نقش مهمی را ایفا می نمایند. قوانین نافذ افغانستان، اصول کلی حقوق را هنوز برخلاف عرف، رویه قضایی و فقه به رسمیت شناخته است و قضات هم

429. Act made law.

430. Judge made law.

431. Precedent.

مكلف به تطبيق قوانين، فقه و عرف و عادات اند نه اصول كلي حقوق، اما با توجه به تأثير پذيری نظام حقوقی افغانستان از نظام حقوقی فرانسه، اصول كلي حقوق هم یکی از منابع حقوق افغانستان به شمار می آید هرچند جایگاه آن در میان منابع و سلسله مراتب حقوقی افغانستان روشن نیست. به نظر می رسد نقش اصول كلي حقوقی نیز در نظام حقوقی افغانستان به دليل اندک بودن اصول كلي حقوق برانده نیست.

دوم این که: در نظام حقوقی افغانستان استراتژی^{۴۳۲} که راهبرد نیز نامیده می شود و پالیسی^{۴۳۳} که راهکار نیز نامیده می شود، شامل اسناد تقنینی نمی شوند. ماده ۲ جزء ۱ مقرر طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در مورد مصادیق اسناد تقنینی می گوید: «اسناد تقنینی شامل قانون، فرمان تقنینی، فرمان رئیس جمهور، مقرر، اساسنامه و تعديل، ضمیمه، ایزاد، حذف، تعلیق یا تعديل آنها و مصوبه شورای وزیران است که دارای ماهیت تقنینی باشد.»

ایجاد استراتژی ها و پالیسی ها در نظام سیاسی افغانستان از سال ۲۰۰۱ به این طرف؛ یعنی از زمان حضور جامعه بین المللی به خصوص امریکا و اروپا مروج شده است. در افغانستان استراتژی ها و پالیسی های متعدد در عرصه های مختلف وجود دارد. اما، تعریفی که مورد توافق همه دانشمندان باشد در مورد استراتژی و پالیسی وجود ندارد. استراتژی عبارت است از سند رهنمونی است که اهداف دولت و طُرق رسیدن به این اهداف توسط قوای دولتی را معین می نماید. اما، پالیسی در برگیرنده تصامیم سیاسی جهت تطبيق برنامه ها به منظور رسیدن به اهداف اجتماعی است.^{۴۳۴}

استراتژی ها و پالیسی ها با اینکه سند اند، توسط ادارات مختلف دولت تسوید می شوند و توسط کابینه مورد تأیید قرار می گیرند، اسناد تقنینی نیستند و ارزش حقوقی ندارند، زیرا اولاً استراتژی ها و پالیسی ها موجد قواعد حقوقی و در نتیجه حق و تکلیف برای اشخاص حقیقی و حکمی که موضوع حقوق اند، نیستند؛ ثانیاً استراتژی ها و پالیسی ها صرف قوه مجریه وضع و تأیید می گردد و در نتیجه مورد تصویب شورای ملی قرار نمی گیرند؛ ثالثاً استراتژی ها و پالیسی ها در جریده رسمی نشر نمی شوند.

در نتیجه، قاضی در حل فصل دعوی، وکیل مدافع در اقامه و دفع دعوی و خارنوال (دادستان) در اقامه دعوی نمی توانند به استراتژی ها و پالیسی ها استناد نمایند. فلسفه وجودی استراتژی ها و پالیسی ها تعیین خطوط اساسی دولت، اهداف کوتاه مدت، میان مدت و دراز مدت دولت و قوای مختلف

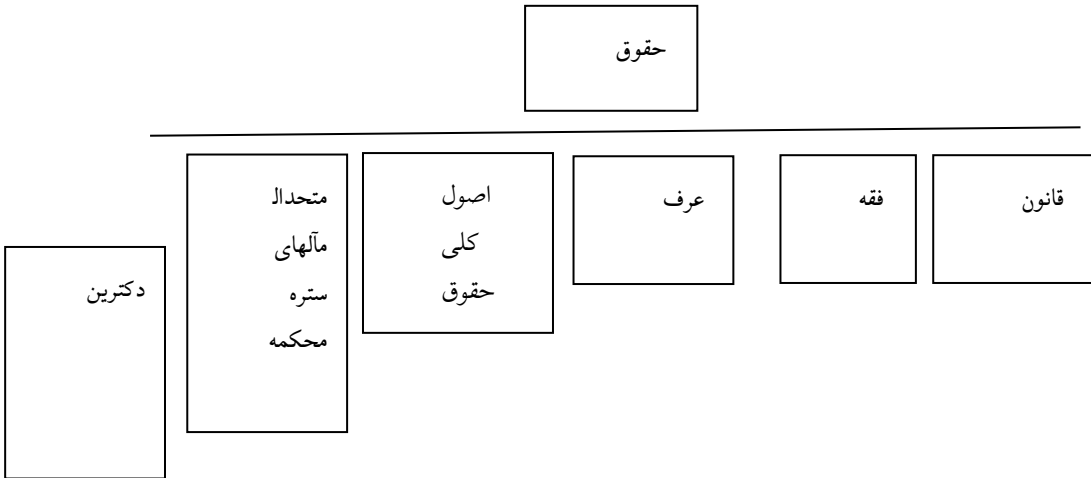
432. Strategy.

433. Policy.

434 . Ramesh Kumar Tiwiri and Aasha Kapur Mehta (2012). Public Policy and Administration, Delhi: Gyan publishing, p 2.

بخش دوم: منابع حقوق افغانستان: متحدالمآل های ستره محکمه و دکترین | ۲۷۳

دولت است، مانند: استراتژی انکشاف ملی افغانستان، استراتژی عدالت برای همه، استراتژی قانون و عدالت، استراتژی ملی سکتور عدلی و قضایی^{۴۳۵} و پالیسی ادارات محلی ۱۳۸۹ و امثال اینها. سوم اینکه: فرقی که بین قانون و حقوق وجود دارد این است که: حقوق کل است و قانون جزء؛ به این توضیح که حقوق منابع متعدد دارد که یکی از آن ها قانون است. بنابراین، اگر قانون را با استفاده از فقه، رویه قضایی، اصول کلی، عرف و عادات تفسیر، تحلیل، تشریح و نقد نماییم نتیجه آن حقوق است. به عنوان مثال، اگر قانون مدنی را به نحوی که گفته شد، شرح و تفسیر نماییم، نتیجه آن حقوق مدنی است. همچنین، اگر اصولنامه تجارت را به نحوی که گفته شد، شرح، تفسیر، تحلیل و نقد نماییم، نتیجه آن حقوق تجارت است. همین طور است شرح و تفسیر قانون جزاء، قانون اساسی و امثال اینها. علاوه بر این، قانون صرف قواعد است. اما، حقوق علاوه بر قواعد، اصول کلی، رویه قضایی، عرف و عادات و نظریات دانشمندان حقوق است که در نمودار ذیل ارایه می گردد:



بخش سوم: تقسیمات حقوق

در یونان قدیم به علم فلسفه می گفتند و به شخصی که فلسفه می دانست فیلسوف و یک فیلسوف قادر بود همه علوم را فراگیرد. با گسترش ساحه علم آهسته آهسته علم به شاخه های متعدد تقسیم شد. یکی از کلان ترین تقسیمات، تقسیم علوم به علوم انسانی (نظری) و علوم تجربی بود. چون حوزه های علوم انسانی نیز توسعه یافت، علماء علوم انسانی را نیز به شاخه های مختلف مانند فلسفه، حقوق، سیاست و ... تقسیم کردند.

ارایه تقسیم بندی مانع و جامع از حقوق حتی در نظام های حقوقی بسیار پیشرفته مشکل به نظر می رسد، زیرا نخست این که امروزه یکی از منابع مهم و اولی حقوق در نظام های حقوق نوشته قوانین است و قوانین در حوزه های مختلف وجود دارند مانند: بانکداری، جنگلات، آبیاری، تصدی ها، ادارات، مالیات، گمرکات، حفظ حیوانات، ساخت و ساخت، شهرداری، مخابرات و امثال اینها. هرچند علمای حقوق کوشش کرده اند قواعد این قوانین را با استفاده از روش کل و جزء علمی منطقی نمایند و در زیر شاخه های کلان حقوق قرار دهند، اما هنوز هم اکثر قواعد قوانین در تقسیماتی که دانشمندان حقوق ارایه کرده اند چپش و جابجا نمی شود.

به حیث مثال، قواعد قوانین مربوط به اصلاحات قوای پولیس، قوانین مربوط به جیودیزی و کارتوگرافی، قوانین مربوط به حمل و نقل زمینی و جواز سیر، قوانین مربوط به تخم های بذری، قوانین مربوط به صحت عامه، قوانین مربوط به قانون رهن اموال منقول در معاملات بانکی، قوانین مربوط به مصالحه ملی و عفو عمومی و ثبات ملی، قوانین مربوط به لیلیه ها و دانشگاه ها، ادویه و امثال اینها. دوم این که حقوق علمی است که در برابر تحولات واکنش (عکس العمل) نشان می دهد. این واکنش گاهی

پیشینی (متقدم) و گاهی پسینی (متأخر) است. در واکنش پیشینی حقوق تحول ایجاد می نماید، اما در واکنش پسینی، حقوق تحولی که واقع شده است را تنظیم می نماید. این واکنش ها بیشتر توسط قوانین و رویه قضایی صورت می گیرد. بنابراین، حقوق علم ایستا نه، بلکه علم پویا و متحرک است.

باوجوداین، امرزوه علم حقوق به شاخه های تقسیم نموده اند. پرسش این است که برای تقسیم حقوق چه معیاری وجود دارد؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که با توجه به معیار «مرز» حقوقدانان در یک تقسیم کلی حقوق را به حقوق داخلی یا ملی و حقوق خارجی یا بین المللی دسته بندی کرده اند. به عبارت دیگر: حقوق براساس قلمرو قاعده حقوقی و ارتباط آن فقط با یک یا چند «دولت-کشور» به دو شاخه حقوق ملی (داخلی) و حقوق بین الملل (خارجی) تقسیم گردیده است.^{۴۳۶}

در این کتاب بر آنیم که تصویر کلی از رشته های مختلف حقوق افغانستان ارایه نماییم. زیرا، اولاً هدف این کتاب این است که حقوق افغانستان را به طور خیلی کلی معرفی نماییم نه کل حقوق افغانستان را؛ ثانیاً: بحث در مورد کل حقوق افغانستان حداقل مستلزم نوشتن بیشتر از حداقل ۲۱ جلد کتاب است؛ و ثالثاً چیدمان (تنظیم) دانش حقوق در مبادی حقوق به صورت افقی است نه عمودی، زیرا دانشجویان دانش حقوق را در مقاطع لیسانس، ماستری و دوکتورا به صورت عمودی فرا می گیرند. بنابراین، در این کتاب، صرف در مورد تعریف، منابع و موضوعات مورد بحث هر رشته حقوقی به صورت گذرا و حاشیه ای بحث صورت خواهد گرفت و خوانندگان محترم می توانند به کتاب های مرجع در این زمینه ها مراجعه نمایند.

فصل اول: حقوق ملی

مبحث اول (کلیات

گفتار اول) تعریف

در خصوص حقوق مالی تعاریف ذیل وجود دارد:

۱) حقوق داخلی یا ملی عبارت از رشته ای از حقوق است که موضوع آن مطالعه قواعد حقوقی ناظر بر روابط اشخاص در کشور معین است.

۲) حقوق ملی^{۴۳۷} حقوقی است که در داخل مرز های یک دولت قابل تطبیق است.^{۴۳۸}

۳) حقوق ملی مجموعه قواعد حاکم بر روابط حقوقی اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی در چهارچوب یک دولت معین است مانند روابط اتباع با دولت، روابط ارکان دولت با یکدیگر و روابط دولت با مردم.^{۴۳۹} امروزه در جهان ۱۹۵ مملکت وجود دارد و هر کدام این ممالک دارای حقوق ملی با اندکی تفاوت اند. حقوق ملی این ممالک را به طور کلی یکی از چهار خانواده کلان حقوقی رومن ژرمنیک، کامن لا، اسلام و مارکسیسم تشکیل می دهد.

گفتار دوم) تقسیمات و پیشینه تقسیم

حقوق ملی به حقوق خصوصی و حقوق عمومی تقسیم می شود. برخی از علمای حقوق نظیر ساواتیه و ریپر اصطلاحی نظیر «اشغال حقوق خصوصی به وسیله حقوق عمومی» یا «افول حقوق» به معانی

437 . Municipal law/ national law.

438. D. L. A. Barker and C. Padfield (1375). Law, 1st edi, Tehran: Arian bookshop, p 5.

۴۳۹. حسین آراسته و دیگران (۱۳۸۹). در باره علم حقوق، چاپ اول، تهران: نشر کتاب، ص ۳.

کلاسیک را عنوان می‌کنند و عملاً مرز های تمایز بین حقوق عمومی و خصوصی را از بین می‌برند.^{۴۴۰} این نظر محل ایراد است، زیرا درست است که امروزه در حقوق خصوصی بر اراده آزاد طرفین قرارداد محدودیت های وضع شده است و توافق طرفین نباید مخالف قانون، نظام و آداب عامه باشد. همچنین، درست است که بر تصرف شخص بر ملکیت محدودیت های وضع شده است، اما نظریه افول حقوق خصوصی درست نیست، زیرا حقوق خصوصی هنوز هم مانند گذشته در همه نظام های حقوقی وجود دارد. در دنیای حقوق، فرق گذاری بین حقوق عمومی و خصوصی از دیرباز جزء والاترین تقسیم بندی ها است، چرا که از همان آغاز، ماهیت قواعد مورد بحث را به روشنی مشخص می‌سازد.

پیشینه تاریخی تقسیم حقوق به عامه و خصوصی به روزگار روم باستان بر می‌گردد. در آغاز مجموعه ژوستین می‌خوانیم که مطالعه حقوق به دو شاخه تقسیم شده است: حقوق عمومی که باید به حکومت امپراتور روم پردازد و حقوق خصوصی؛ یعنی بخشی که به مصالح و منافع افراد پیوند می‌گیرد. در روم باستان، فرد و دولت هر کدام زمینه های پهناور و گسترده ای برای انجام کار های مستقل و جدا از هم به دست آورده بودند. با فروپاشیدن قدرت عالی مرکزی روم در سده های میانه، این تقسیم بندی کاهش یافت.

فرانسه در آن روزگاران میان حقوق عمومی و خصوصی جدایی نمی‌شناخت. حقوق انگلیس از گذشته ها و هنوز هم بر پایه جدایی میان دو بخش حقوق استوار است. حقوقدانان معاصر بار دیگر، این تقسیم بندی را از سر گرفتند و آن را در ادبیات حقوقی رواج دادند.^{۴۴۱}

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می‌آید که در حقوق، تقسیم حقوق و قواعد حقوقی به دو بخش خصوصی و عمومی ریشه در حقوق روم دارد. مراد از حقوق عمومی قواعدی بود که به تشکیلات حکومت و دولت روم شکل می‌داد و حقوق خصوصی به قواعدی گفته می‌شد که ناظر بر منافع افراد و تنظیم کننده مناسبات حقوقی آنها بود.^{۴۴۲} اما، تقسیم حقوق به عمومی و خصوصی در نظام حقوقی سوسیالیستی پذیرفته نشده است و این سخن مشهور لنین است که: «دیگر حقوق خصوصی وجود ندارد. همه چیز در کشور ما جزو حقوق عمومی است.»^{۴۴۳}

گفتار سوم) روش های تقسیم

به طور کلی، در مورد تقسیمات حقوق ملی سه روش وجود دارد: روش انگلیسی، فرانسوی و آلمانی:

۴۴۰. سید ابوالفضل قاضی شریعت پناهی (۱۳۸۳). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ یازدهم، تهران: نشر میزان، ص ۳.

۴۴۱. محمد حسین ساکت محمد حسین ساکت (۱۳۸۰). حقوق شناسی، چاپ اول، تهران: نشر ثالث، صص ۲۲۲-۲۲۴.

۴۴۲. حسین آراسته و دیگران (۱۳۸۹). در باره علم حقوق، چاپ اول، تهران: نشر کتاب، ص ۱۲.

۴۴۳. محسن صادقی (۱۳۸۴). اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۱۴.

۱) روش انگلیسی: در حقوق انگلیس حقوق ملی به حقوق عمومی و حقوق خصوصی تقسیم می شود. حقوق عمومی شامل حقوق اساسی، حقوق اداری و حقوق حقوق جزاء می شود. حقوق مدنی^{۴۴۴} که در نظام حقوقی انگستان گاهی حقوق خصوصی^{۴۴۵} نیز نامیده می شود، شامل حقوق وجایب، حقوق میراث، حقوق فامیل و حقوق عینی می شود.^{۴۴۶}

۲) روش فرانسوی: در فرانسه حقوق ملی را به حقوق عمومی و حقوق خصوصی تقسیم می نمایند. حقوق عامه شامل حقوق اساسی، حقوق اداری، حقوق مالیه و حقوق جزاء می شود. حقوق خصوصی شامل حقوق فامیل، حقوق عینی، حقوق وجایب، حقوق تجارت و حقوق کار می شود.^{۴۴۷}

۳) روش آلمانی: در حقوق جرمنی برخی نویسندگان بر این نظر اند که حقوق به طور سنتی به سه شاخه مهم حقوق خصوصی، حقوق عمومی و حقوق جزا می شود.^{۴۴۸} هرچند حقوق جزا به طور سنتی به عنوان یک شاخه جدا تقسیم شده است و از حقوق عامه مستقل محسوب می شود، اما حقوق جزا جزء حقوق عامه است، زیرا صرف دولت حق اعمال مجازات را دارد.^{۴۴۹} حقوق عامه در جرمنی شامل حقوق اساسی و حقوق اداری می شود. حقوق اداری به سه بخش تقسیم می شود:

۱) اصول عمومی حقوق اداری (General principles of administrative law) که شامل مباحث ذیل می شود:

۱- وجایب و تشکیلات ادارات عامه.

۲- انواع مختلف اعمال اداری.

۳- ملکیت های عامه.

۴ اجراءات اداری (Administrative procedure).

۵- مسؤولیت مدنی دولت و حق دریافت جبران خسارت.

۲) حقوق اداری خاص (Special administrative law) که شامل شاخه های ذیل می شود:

۱- حقوق پولیس (Police law).

۲- حقوق اداره همگانی (The law of communal administration).

۳- حقوق ساخت و ساز عمومی (The law of public construction).

444 . Civil law.

445 . Private law.

446. D. L. A. Barker and C. Padfield (1375). Law, 1st edi, Tehran: Arian bookshop, p 4.

447 . John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (1380). Principles of French law, first edit, Tehran: Dadqaster publication, pp 139- 659.

448. Gerhard Robbers (2002). An Introduction to German Law. Translated into English by: Miceal Jewll, 5th edi (___), p 16.

449 . Ibid, p 16.

- ۴- حقوق اتباع خارجی و پناهندگی (The law on foreigners and asylum).
- ۵- حقوق اسناد و ثبت اقامتگاه (Identifying documents and residence registration).
- ۶- حقوق حمایت از اطلاعات (Date protection).
- ۷- حقوق خدمات عامه (Public service law).
- ۸- حقوق اداره زراعت (The law relating to agricultural administration).
- ۹- حقوق رسانه (Media law).
- ۱۰- حقوق ترافیک (Traffic law).
- ۱۱- حقوق تأمین اجتماعی (Social security law).
- ۱۲- حقوق اداره اقتصادی (Economic administrative law).
- ۱۳- حقوق محیط زیست (Environmental law).
- ۱۴- حقوق مالییه (Taxation law).

۳) اصول محاکمات اداری (Administrative procedure law). حقوق جزا در حقوق جرمنی به سه شاخه تقسیم می شود: حقوق جزای عمومی، حقوق جزای اختصاصی و اصول محاکمات جزایی. حقوق خصوصی در جرمنی به حقوق وجایب، حقوق عینی، حقوق فامیل، حقوق میراث، حقوق بین الملل خصوصی (تعارض قوانین) حقوق تجارت و شرکت ها، برات و اوراق بهادار (Negotiable instrument and securities)، رقابت و حمایت از حقوق ملکیت معنوی (Competition and protection of intellectual property)، حقوق طبع و نشر (Copyrights)، حقوق کار، حقوق ورشکستی (The law of insolvency) و اصول محاکمات مدنی دعاوی مدنی و اصول محاکمات مدنی مسایل متفرق تقسیم می شود.^{۵۰}

به نظر می رسد تقسیمات حقوق در نظام حقوقی جرمنی نسبت به نظام حقوقی فرانسه، انگلستان و افغانستان توسعه یافته تر است و از جامعیت لازم برخوردار است و برخی از شاخه های جدید حقوق مانند حقوق محیط زیست، حقوق رسانه و امثال اینها را به طور علمی - منطقی در زیرمجموعه های حقوق اداری و حقوق ورشکستی، حقوق طبع و نشر و امثال اینها را در زیرمجموعه های حقوق خصوصی قرار داده است.

گفتار چهارم) معیار تمیز حقوق عمومی و خصوصی

منتسکیو حقوق سیاسی (عمومی) را «در روابط میان آنهايي که حکومت می کنند و آنهايي که زیر سیطره حکومت به سر می برند» تعریف کرده است و حقوق خصوصی را که اصطلاحاً حقوق مدنی می نامند، در قالب رابطه ای می داند که همه شهروندان میان خودشان دارند. این تعریف، به طور کلی، هنوز

هم در تمیز بین این دو رشته، ارزش و استحکام خود را ازدست نداده است، اما برای ایجاد نقاط تفاوت کافی به نظر نمی‌رسد.^{۴۵۱}

با توجه به این تعریف، در نگاه اول به نظر می‌رسد که معیار تمیز حقوق عمومی از حقوق خصوصی دخالت عنصر دولت در رابطه حقوقی است. براساس این معیار، هر رابطه حقوقی که در آن عنصر دولت دخیل باشد، آن رابطه جزء حقوق عمومی پنداشته می‌شود. براساس این معیار، حقوق عامه ماهوی و شکلی که تفصیل آن خواهد آمد، جزء حقوق عامه تلقی می‌شود. اما، اگر اندکی دقت شود، این نظر ناقص به نظر می‌رسد، زیرا دولت به وضع و تنفیذ اجباری قواعدی حقوق خصوصی از طریق قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضائیه دخیل است. چنانچه دکتر ابوالفضل قاضی در این مورد می‌نویسد که: «... مثلاً قواعد مربوط به ارث دست کم دو عامل عمومی را در خود دارد: منابع و ضمانت اجرای آن».^{۴۵۲}

همچنین، در حقوق کامن لا یکی از حقوقدانان می‌نویسد که: «حقوق خصوصی که در برخی حالات حقوق مدنی نامیده می‌شود در برابر حقوق جزا استعمال می‌شود. حقوق جزا جرایم علیه دولت را مورد بحث قرار می‌دهد در حالی که حقوق مدنی و یا حقوق خصوصی روابط خصوصی افراد را در یک جامعه تنظیم می‌نماید».

همچنین، این حقوقدان می‌نویسد که: «هرچند حقوق خصوصی روابط خصوصی افراد را تنظیم می‌نماید، اما این به این معنی نیست که دولت در حقوق خصوصی دخیل نیست. دولت قواعد حقوق خصوصی را ایجاد می‌نماید تا این قواعد روابط خصوصی افراد را تنظیم نماید. همچنین، دولت محاکم را غرض رسیدگی به دعاوی خصوصی ایجاد و اداره می‌نماید».^{۴۵۳}

این نظر از این جهت که همه قواعد حقوقی توسط قوه مؤسس و قوه قانونگذاری وضع می‌شود درست است، اما از این جهت که در اجرای قواعد حقوق عامه دولت مستقیماً دخیل است و در اجرای قواعد حقوقی خصوصی مستقیماً دخیل نیست، درست نیست، بلکه دولت در تطبیق قواعد حقوقی خصوصی دخیل نیست، بلکه این افراد حقوق خصوصی هستند که قواعد حقوق خصوصی را در روابط حقوقی خویش تطبیق می‌نمایند.

به نظر می‌رسد مهم ترین معیار تمیز میان حقوق خصوصی و حقوق عمومی دخالت دولت در تطبیق قواعد حقوقی است. در نتیجه، هر قاعده حقوقی را که دولت رأساً تطبیق نماید، آن قاعده جزء حقوق عامه است. در پهلوی این، زنده یاد دکتر ابوالفضل قاضی بر این نظر است که: میان حقوق عمومی و خصوصی از جهات ذیل تفاوت وجود دارد:

۴۵۱. سید ابوالفضل قاضی شریعت پناهی (۱۳۸۳). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ یازدهم، تهران: نشر میزان، ص ۸۲.

۴۵۲. همان، سید ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، ص ۳۱.

453 . WJ. Brown (1999). GCSE Law, seventh edi: (___), Sweet and Maxwell, p 5.

۱) از نظر موضوعی: موضوع حقوق عمومی، دولت است. در صورتی که موضوع حقوق خصوصی، فرد است. اعتبار این ضابطه نسبی است، چرا که در حقوق عمومی نیز فرد مطمح نظر قرار می گیرد. هیچ عملی را نمی توان یافت که در نهایت امر، هدف آن ارضای نیازهای فردی نباشد؛

۲) از نظر تنظیم روابط: حقوق عمومی مربوط به طبقه فرمان روا در برابر طبقه فرمان بر است. در این حیطه، حقوقی مورد نظر است که به سازمان بندی و تشکیلات دستگاه های حاکم ارتباط می یابد؛ یعنی: ۱- روابط افراد و نهادهای حاکم؛ و ۲- روابط بین فرمان روایان و فرمانبران، موضوع مورد مطالعه و بررسی واقع می شود. در حالی که، حقوق خصوصی روابط بین فرمان بران را مورد مطالعه قرار می دهد؛

۳) از نظر هدف: حقوق عمومی، مجموعه قواعدی است که منافع عمومی جامعه را زیر عنوان مصلحت اجتماعی یا خیر عام (منفعت عمومی) می پژوهد. نقطه عطف، در حقوق عمومی سود همگانی است. اما، در حقوق خصوصی، توجه به سود فرد و امور خصوصی، اهمیت نخستین را دارد. این فرق گذاری را نمی توان قاطعاً پذیرفت، زیرا مجموعه قواعد حقوقی را هدف، منافع عمومی است و با این دید، حقوق خصوصی نیز دارای چنین خصلتی است. لذا، بهتر است گفته شود که حقوق عمومی آن است که در آن منافع عمومی تسلط دارد و حقوق خصوصی آن که در آن منافع افراد واجد اهمیت است؛

۴) از نظر شکلی: در حقوق عمومی، نوع رابطه مطروح در ذات قواعد، یک طرفه است. عامل اجبار و عمل اقتدار گرایانه در آن نقش مهمی دارد. انسان در درون ترکیبی از قواعد آمه محاط شده است. در صورتی که در حقوق خصوصی، در نهایت امر، اراده آزاد طرفین قرارداد، شکل دهنده روابط حقوقی است. انسان در برابر انسان واقع می شود. برابری، فرض نخستین شکل گیری قرارداد و آزادی قبول، شرط پایه ای عقد است؛

۵) از نظر ماهیت قواعد: قواعد مورد بحث حقوق عمومی، از کلیت و عمومیت بیشتری برخوردار است. منافع مورد حمایت به وسیله حقوق عمومی متعلق به همه شهروندان یا کلیه اعضای جامعه است. حمایت از این منافع عمومی، به گونه الزامی آن، ماهیتاً به این گونه قواعد کلیت بیشتری می بخشد. در صورتی که حمایت حقوق خصوصی مربوط به افراد، خانواده و یا مشتری تجارتي است؛

۶) از لحاظ پویایی: قواعد حقوق عمومی از حقوق خصوصی، پویایی و تحرک بیشتر دارد. مجالس مؤسسان و قانونگذار عادی، هرگاه بخواهند، بنا به اراده خود قادر به تغییر مبانی حقوق عمومی اند. در حالی که، در محدوده حقوق خصوصی، قانونگذار باید اوضاع حاصله از حقوق مکتسبه افراد را بیشتر مراعات کند؛ یعنی: تصمیمات جدید را با عطف توجه به گذشته بگیرد و همین امر، به ایستایی قواعد حقوق خصوصی کمک می کند.^{۴۵۴} علاوه بر این، حقوق خصوصی با توجه به این که ریشه دینی دارد

۴۵۴. سید ابوالفضل قاضی شریعت پناهی (۱۳۸۳). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ یازدهم، تهران: نشر میزان، صص ۸۷

قواعد آن از پویایی کمتری برخوردار است اما حقوق خصوصی با توجه به این که نسبتاً جدید است و با تغییر دولت و مقامات دولتی از تحرک و پویایی بیشتری برخوردار است.

علاوه بر این معیارها، به نظر می رسد از حیث اصول حاکم نیز میان حقوق عمومی و حقوق خصوصی فرق های ذیل وجود دارد:

(۱) از نظر رابطه حقوقی: در حقوق خصوصی، طرفین رابطه حقوقی برابر اند. اما، در حقوق عامه، فرد و دولت از نظر حقوقی در روابط نابرابر قرار دارند، زیرا دولت می تواند از امتیازات قدرت عمومی استفاده نماید. به عنوان مثال، در قراردادهای مدنی طرفین قرارداد برابر اند، اما در قرارداد های اداری دولت می تواند از امتیازات قدرت عمومی استفاده نماید.

(۲) از نظر شکل و تشریفات: در حقوق خصوصی اصل بر غیرتشریفاتی بودن اعمال است و تشریفات استثنا است، مانند خرید و فروش، اجاره و نظیر اینها که امکان دارد به صورت شفاهی منعقد شوند. اما، در حقوق عمومی تشریفات اصل و غیرتشریفات استثنا است، مانند تصامیم اداری، قراردادی های اداری و نظیر اینها که باید مکتوبه باشند و به امضای مقام صلاحیتدار برسند. دلیل تشریفاتی بودن اعمال اداری این است تا زمینه نظارت بر این اعمال فراهم شود.

(۳) از نظر صلاحیت: اصل در حقوق خصوصی بر صلاحیت (اهلیت) است. اما، در حقوق عمومی اصل بر عدم صلاحیت است مگر این که قانون به کارکن و مقام عمومی صلاحیت اعطا نموده باشد.

(۴) از نظر آزادی اراده: در حقوق خصوصی اصل بر آزادی اراده افراد است. بنابراین، افراد می توانند قرارداد های دو یا چندین جانبه را مشروط بر این مخالف قانون، اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشد، منعقد نمایند. اما، در حقوق عمومی اصل بر حاکمیت قانون است. بنابراین، تمام اعمال مقامات عمومی باید مطابق و تابع قوانین باشد.

مبحث دوم) تقسیم حقوق ملی در نظام حقوقی افغانستان

حقوق ملی مانند نظام حقوقی فرانسه و انگلستان، در نظام حقوقی افغانستان به حقوق خصوصی و حقوق عامه تقسیم می شود:

گفتار اول) حقوق خصوصی

الف) تعریف، هدف و اهمیت

حقوق خصوصی عمدتاً ماهوی یا متنی است. حقوق خصوصی^{۴۵۵} مجموعه قواعدی است که روابط خصوصی اشخاص را تنظیم می نماید، مانند: روابط ناشی از تصرفات و حوادث حقوقی، ارث، ازدواج و امثال اینها. هدف حقوق خصوصی تنظیم روابط خصوصی و تأمین منافع افراد است. حقوق خصوصی

یکی از قدیمی ترین رشته های حقوق است به اندازه که گفته می شود که حقوق خصوصی مادر حقوق است.

حقوق خصوصی به مفهومی که گذشت اول در روم ایجاد شد. با ایجاد دانشگاه ها در اروپا در قرن سیزدهم میلادی حقوقدانان اروپایی حقوق مدنی تدریس می نمودند و این امر باعث رشد حقوق خصوصی شد. سپس، این حقوق در خارج از اروپا راه یافت.^{۴۵۶} بنابراین، به نظر می رسد دانشمند حقوق عمومی و حقوق بین الملل اکثر قواعد حقوق عامه و حقوق بین الملل را از حقوق مدنی اقتباس کرده اند. به عنوان مثال، معاهدات بین المللی متأثر از قواعد عمومی عقود است. اصطلاح کفالت ریاست جمهوری گرفته شده از مفهوم کفالت در حقوق مدنی، استیضاح وزرا گرفته شده از استیضاح طرفین دعوی در اصول محاکمات مدنی، نمایندگی که به آن وکالت نیز می گویند گرفته شده از حقوق مدنی، نظارت استصوابی و اطلاعاتی پارلمان گرفته شده از نظارت اطلاعاتی و استصوابی از حقوق مدنی (مثلاً در وقف و وصیت)، اعمال اداری که به قراردادها و ایقاع های اداری تقسیم می شود، الهام گرفته از اعمال حقوقی در حقوق مدنی و تقسیمات آن به عقد و ایقاع است. مسؤولیت مدنی دولت در حقوق اداری گرفته شده از مسؤولیت مدنی در حقوق مدنی است.

ب) پیشینه حقوق خصوصی در جهان و افغانستان

حقوق خصوصی در روم شکل گرفت. مهم ترین قانونی که در روم تدوین شد، الواح دوازده گانه و مجموعه های ژوستینین^{۴۵۷} بود. این مجموعه که به دستور امپراتور ژوستین فراهم شد شامل سه مجموعه به نام های کد، دایژست و انستیتوت بود که از ۵۲۹ تا ۵۳۴ میلادی منتشر و بعدها تکمیل شد. این مجموعه ها تأثیر بسیاری در شکل گیری قوانین در کشور های اروپایی داشت و به عنوان دایرة المعارف کهن در حقوق خصوصی، پایه های اصلی نظام حقوقی نوشته را تشکیل داد.

شرح و تفسیر این مجموعه ها، محور مطالعات و آموزش های حقوقی در دانشگاه های ایتالیا از قرن پنجم تا نهم بود. مباحث و دیدگاه های مزبور از ایتالیا به اسپانیا و سپس به فرانسه و آلمان راه یافت و دانشکده های حقوق در این کشورها شکل گرفت. تلاش های علمی یاده شده به مرور زمان نظام حقوقی جدیدی را بر پایه حقوق روم بنیان نهاد که به نظام حقوق نوشته یا رومی - ژرمنی مشهور شد.^{۴۵۸}

در کشور های اسلامی تا اواسط قرن نوزدهم قانون در مفهوم امروزی آن وجود نداشت و شریعت اسلامی تنظیم کننده روابط حقوقی میان اشخاص اعم از فرد و دولت بود. در دو قرن اخیر، این کشور ها به تأثیر پذیری از نهضت تدوین قوانین در اروپای قرن نوزدهم به تدوین قوانین روی آوردند. اما، این تحول

۴۵۶ . حسین آراسته و دیگران (۱۳۸۹). در باره علم حقوق، چاپ اول، تهران: نشر کتاب، ص ۱۳.

457. Justinien.

۴۵۸ . حسین آراسته و دیگران (۱۳۸۹). در باره علم حقوق، چاپ اول، تهران: نشر کتاب، ص ۲۳.

کشور های مذکور را از نظر چگونگی انطباق قوانین جدید با فقه اسلامی با چالش اساسی روبرو کرده است که در بسیاری از آنها همچنان ادامه دارد.^{۴۵۹}

حکومت عثمانی از جمله نخستین کشور های اسلامی بود که تحول مذکور در آن صورت گرفت. از قرن نوزدهم، حاکمان عثمانی تحت فشار عوامل درونی و بیرونی، از جمله اصرار دولت های اروپایی و اصلاح طلبان داخلی، به اصلاحات گسترده دست زدند که به تنظیمات معروف شده و هدف از آن جایگزین کردن نهاد های سنتی حکومتی با نهادهای جدید و بعضاً الگو گرفته از غرب بود.

در تدوین قرارداد و تعهدات، مسئولیت مدنی و برخی اصول، اصول محاکمات مدنی چالش میان طالبان اقتباس از الگوی فرانسوی و آنان که به تدوین قوانین بر پایه اصول شریعت اعتقاد داشتند به نفع گروه اخیر خاتمه یافت و حقوق خانواده تا ۱۹۱۷ میلادی همچنان در محاکم اختصاصی شریعت به شیوه سنتی اجراء می شد.^{۴۶۰}

در زمینه حقوق مدنی، مجله الاحکام در ترکیه تدوین شد. مجله الاحکام العدلیه، یکی از کتب معتبر فقه حنفی می باشد. در سال ۱۸۶۹ میلادی مطابق ۱۲۸۶ هجری قمری دولت عثمانی کمیته را که مرکب از هفت تن فقهای جید آن کشور به ریاست احمد جودت بادشاه، ناظر دیوان احکام عدلیه مؤظف نمود. در ابتداء اعضای این کمیته عبارت بود از: احمد خلوصی و احمد حلمی از اعضای دیوان احکام عدلیه، محمد امین جندی و سیف الدین از اعضای شورای دولتی، سید خلیل خارنوال اوقاف و شیخ محمد خالدین بن عابدین. اما، در اثنای عمل، در شمار اعضای این کمیته تغییراتی به وقوع پیوست. هدف از این کمیته که به نام «جمعیت مجله» نامیده می شد، تألیف کتاب بود در معاملات فقهی که دقیق و سهل المآخذ و عاری از اختلافات و نیز شامل اقوال مختار و مشهور بوده، مطالعه آن بر هر فرد آسان باشد.

سبب تدوین این کتاب را می توان از تقریری که خود انجمن در سال ۱۲۸۴ (۱۸۶۹ م) به پیشگاه صدراعظم وقت، علی پاشا عرض می دارد، دریافت: «علم فقه، دریای است بیکران و استخراج گوهرها و مروارید های آن متوقف بر داراء بودن ملکه کلی و مهارت علمی است. به خصوص در مذهب حنفی که دانشمندان بسیاری با استعداد های متفاوت در آن برخاسته اند و اختلاف های زیادی در آن مذهب به وجود آمده است و با وجود این، چون فقه شافعی منقح (پاک سازی) نشده و مسایل آن به صورت پراکنده باقی مانده است. پس، جدا کردن قول صحیح از میان آن همه عقاید گوناگون و تطبیق قضایا بر آنها سخت دشوار است. به علاوه، باگذشت زمان، مسایلی که بر اساس عرف و عادات استوار است در معرض تغییر قرار گرفته است.».

۴۵۹ . همان، حسین آراسته و دیگران، ص ۳۱.

۴۶۰ . همان، حسین آراسته و دیگران، صص ۳۱ و ۳۲.

این کمیته بعد از زحمت کشی های مسلسل و متداوم طی هفت سال کار پیگیر توانست از انجام این وظیفه مؤقف بدر آید. در سال ۱۲۹۳ این مجموعه تدوین شد و منحیث قانون مدنی دولت عثمانی نشر گردید و به نام مجله الاحکام العدلیه مسمی گردید. مجله الاحکام دارای یک مقدمه و ۱۶ کتاب بوده جمعاً ۱۸۵۱ ماده را احتوی و مسایل مربوط به معاملات را تنظیم می نماید.

فصل های مجله الاحکام قرار ذیل است: مقدمه، مواد ۱ الی ۱۰۰: تعاریف و قواعد کلی فقه؛ فصل اول، مواد ۱۰۱ الی ۴۰۳: خرید و فروش؛ فصل دوم، مواد ۴۰۴ الی ۶۱۱: اجاره؛ فصل سوم، مواد ۶۱۲ الی ۶۷۲: کفالت؛ فصل چهارم، مواد ۶۷۳ الی ۷۰۰: انتقال ملکیت؛ فصل پنجم، مواد ۷۰۱ الی ۷۶۱: رهن؛ فصل ششم: مواد ۷۶۲ الی ۸۳۲: امانت؛ فصل هفتم، مواد ۸۳۳ الی ۸۸۰: هبه؛ فصل هشتم، مواد ۸۸۱ الی ۹۴۰: غصب؛ فصل نهم، مواد ۹۴۱ الی ۱۰۴۴: حجر؛ فصل دهم، مواد ۱۰۴۵ الی ۱۴۴۸: قیمومیت، شرکت؛ فصل یازدهم، مواد ۱۴۴۹ الی ۱۵۳۲: وکالت؛ فصل دوازدهم، مواد ۱۵۳۳ الی ۱۵۷۱: صلح و ابراء؛ فصل سیزدهم، مواد ۱۵۷۲ الی ۱۶۱۲: اقرار؛ فصل چهاردهم، مواد ۱۶۱۳ الی ۱۶۷۵: دعوی؛ فصل پانزدهم، مواد ۱۶۷۶ الی ۱۷۸۳: سوگند؛ و فصل شانزدهم، مواد ۱۷۸۴ الی ۱۸۵۱: احکام مربوط به قضاء.

به طور کلی، احکام مجله الاحکام از کتاب های «ظاهر الروایة» مذهب حنفی گرفته شده و در مواردی که میان امام ابوحنیفه رحمته و اصحابش اختلاف قول وجود داشته، مجله الاحکام گفتاری را پذیرفته که با نیازمندی های زمان و مصالح عمومی سازگار بوده است. به عنوان مثال، در حجر سفیه، مجله الاحکام از نظر امام ابو یوسف رحمته و محمد رحمته استفاده کرده و نظر امام ابوحنیفه رحمته را نادیده گرفته است. همچنین، در عقد استصناع، قول امام ابو یوسف رحمته را پذیرفته است. در اندکی از احکام، از محتویات کتاب های «ظاهر الروایة» حنفی اعراض گردیده و به مذاهب دیگر توجه شده است.

به عنوان مثال، در ضمان منافع مال مغضوب، رأی فقهای متأخر حنفیه را که به قول امام شافعی رحمته نزدیک تر است پذیرفته است. همچنین، قول ابو لیث سمرقندی، صاحب النوازل را در مورد جواز بیع وفاء پذیرفته است. در بعضی موارد، مجله الاحکام از قول حنفی، شاید بر سبیل خطا عدول کرده است. به عنوان مثال، در تعریف غبن فاحش، مجله الاحکام صراحت دارد بر اینکه غبن در اموال و امتعه، یک بیستم و در بیع حیوان، یک دهم و در غیر منقول، یک پنجم یا بیشتر باشد. در حالی که در فقه حنفی، با توجه به نظریه نصیرین بن یحیی بلخی، غبن فاحش وقتی است که از این اندازه بیشتر باشد. برخلاف فتاوی عالمگیری و دیگر مجموعه های فقهی، مجله الاحکام در احکام عبادی و جزایی حکمی ندارد و مواد آن محدود به احکام فقهی متعلق به معاملات مدنی است. اگر مجله الاحکام را با قوانین مدنی اروپایی و ق. م افغانستان مقایسه نماییم، برخی نقایصی در آن پیدا می شود که قرار ذیل است:

(۱) مجله الاحکام در مورد احوال شخصیه که شامل مسایلی چون: ازدواج، طلاق، نفقه، بنوت، نسب، ولایت، وصایت، اهلیت و شخصیت و ... می شود حکمی ندارد، به جز کتاب نهم که یک سلسله احکام

راجع به حجر را پیش بینی نموده است. همچنین، در مجله الاحکام احکامی در مورد ارث، وصیت، مفقود و وقف وجود ندارد. علت این امر اختلاف نظر های زیاد در برخی از این مسایل و نرمش سیاست دولت وقت در رفتار با خارجی ها مقیم در کشور عثمانی در امور مذهبی و احوال شخصیه آنها بوده است. تا سال ۱۹۱۷ میلادی وضع به این منوال ادامه داشت تا دولت عثمانی قانون ازدواج را در ۸ محرم ۱۳۳۶ هـ. ق. به نام قانون خانواده وضع کرد.

۲) در مورد تعهدات و عقود، نظریه عمومی در مجله الاحکام وجود ندارد. به عنوان مثال، احکام مربوط به ایجاب و قبول که مربوط تمام عقود می شود، در مبحث بیع پیش بینی شده است و احکام مربوط به مسؤولیت مدنی در مبحث غضب و اتلاف به صورت پراکنده تنظیم گردیده است. به هر حال، بعد از اینکه این مجله در ترکیه به طبع رسید متعاقب آن در قلمرو دولت عثمانی به استثنای عربستان سعودی، یمن و مصر مورد تطبیق قرار گرفت. در لیبیا و طرابلس غربی نیز الی هنگام تحت سیطره قرار گرفتن مناطق متذکره در سال ۱۹۱۲ میلادی قواعد، ضوابط و احکام مندرج مجله الاحکام مورد تطبیق قرار می گرفت و تا ختم جنگ جهانی اول مرعی الاجراء بود.

مقارن ختم جنگ اول جهانی روی یکسلسله عوامل از جمله ختم نفوذ و سیطره دولت عثمانی، ارزش تطبیقی مجله به حیث بقایای دولت عثمانی از نظر سیاسیون آن وقت افتاد. ولی با آن هم در بعضی مناطق علی الرغم اختتام سیطره دولت عثمانی اهمیت تطبیقی خود را از دست نداده است. به طور مثال، در سوریه الی زمان توحید آن کشور با مصر قابلیت تطبیق رسمی داشت. در اردن تا هنوز هم ارزش تطبیقی دارد. در لبنان با اینکه پیروی از قوانین جدید در تنظیم روابط حقوق آن کشور یکسلسله تعدیلات به میان آورده است در بعضی مسائل حقوق مدنی از قبیل حجر، مواد مجله الاحکام ارزش تطبیقی دارد. در افغانستان نیز قواعد، ضوابط و احکام شرعی مجله الاحکام قابلیت تطبیق داشته و در محاکم مطابق آن عمل گردیده تا اینکه به اساس تصریح در اصولنامه اجراءات حقوقی محاکم و اصولنامه اداری محاکم عدلی به حیث سند تقنینی قابل نفاذ در آمده است.

در دومین سیمنار روسای محاکم منعقدہ سال ۱۳۵۰ هجری شمسی تصمیم اتخاذ شد که به عوض کتاب های فقهی متعدد از شرح مجله الاحکام محمد خالد اتاسی استفاده شود.^{۴۶۱} گذشته از این، مصر به عنوان کشور مهم و تأثیر گذار در جهان عرب، از آغاز حکومت محمد علی پاشا تحولات ویژه ای داشته و در زمینه قانونگذاری از سلطه عثمانیان آزاد بوده است. در مصر احکام مجله الاحکام هیچ گاه به اجراء در نیامد، بلکه وکیلی فرانسوی الاصلی به نام مانوری (Manoury) با اقتباس از قوانین مدنی فرانسه و ایتالیا و

۴۶۱ . جهت معلومات مزید در این مورد ر. ک: محمد عثمان ژوبیل (۱۳۷۱). مجله الاحکام، جلد (۱)، کابل: نشر پروژه عدلی و قضایی اداره انکشافی ایالات متحده امریکا و صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، صص ۶۷-۷۲.

با رعایت شریعت اسلامی در برخی مواد، قانون مدنی مصر را در ۱۲۹۲ هجری خورشیدی (۱۸۷۵ میلادی) به زبان فرانسوی تدوین کرد. این قانون به عربی ترجمه شد.

با توجه به تقلید محض این قانون از قانون مدنی قدیم فرانسه و انتقاد از آن به سبب ناهماهنگی با مقتضیات جامعه مصر، قانون مدنی جدید که شامل مبحث مسؤولیت مدنی نیز بود با اقتباس از قوانین مدنی برخی کشورهای غربی و برخی احکام اسلامی در سال ۱۳۲۸ هجری خورشیدی (۱۹۴۹ میلادی) به تصویب رسید. البته، احکام ارث و، وصیت خارج از چهارچوب قانون مدنی و مطابق با شریعت اسلامی بود. پس از تجزیه کشور دولت عثمانی، کشورهای تازه استقلال یافته در صدد اصلاح قوانین و بازسازی ساختار حقوقی خود شدند.

در این مسیر، قوانین کشورهای غربی به خصوص فرانسه و نیز مصر مورد توجه آنان قرار گرفت. مهم ترنی قانون لبنان در قلمرو حقوق خصوصی، قانون تعهدات و قراردادهای (موجبات و عقود) است که پیش نویس آن را ژوسران (Jusserand) رئیس دانشکده حقوق دانشگاه لیون فرانسه تهیه کرد و پس از تنقیح و تطبیق آن با قواعد کلی حقوق لبنان و عرف و عادات آنجا با تلاش گروهی از حقوقدانان لبنانی در سال ۱۳۱۱ هجری شمسی (۱۹۳۲ میلادی) تصویب شد.

پیش نویس قانون تجارت لبنان را هم چند حقوقدان فرانسوی فراهم کرد و پس از بررسی و اصلاحات توسط هیأتی از قانونگذاران لبنانی در سال ۱۳۲۱ هجری خورشیدی (۱۹۴۲ میلادی) تصویب شد و قانون تجارت عثمانی منسوخ شد. قانون مدنی عراق دو سرچشمه داشت: حقوق اسلامی و حقوق اروپایی. بخش عمده این قانون برگرفته از مجله الاحکام و بخش های دیگر از جمله مبحث حقوق و تعهدات، برگرفته از قانون مدنی جدید مصر است. بعد ها تغییراتی در این قانون حاصل شد از جمله این که بخش تجارت آن تفکیک و مفصل تر شد. با توجه به حضور جدی دو مذهب شیعه و حنفی در عراق، قانونگذاران عراقی کوشیده اند که قانون مدنی مواضع جانبدارانه به یک مذهب خاص نداشته باشد.^{۴۶۲}

در افغانستان مانند بسیاری از ممالک اسلامی ق. م در دهه چهل هجری شمسی به ابتکار مرحود داکتر محمد موسی شفیق که در آن زمان متصدی بخش قوانین وزارت عدلیه بود، توسط سه استاد مصری در مدت ۲ الی ۳ سال به زبان عربی تدوین و پس از ترجمه به زبان های دری و پشتو نافذ گشت. (ر.ک: جریده میزان، شماره ۱۳۷، سه شنبه ۲۰ میزان، ۱۳۸۹ هجری شمسی).

در مورد روند تدوین ق. م اسنادی در دسترس قرار ندارد، اما مطابق برخی مصاحبه ها با برخی از کارمندان وزارت عدلیه و ستره محکمه و مقایسه ق. م. ا با قانون مدنی جدید مصر، مجله الاحکام، قانون مدنی عراق، قانون احوال شخصیه مصر، قانون شماره ۷۷ سال ۱۹۴۳ موازیث مصر و قانون شماره ۷۱

سال ۱۹۴۶ وصیت مصر به نظر می رسد تدوین کنندگان قانون مدنی احکام و قواعد این قوانین را در یک قانون به نام قانون مدنی نخست به زبان عربی تدوین کرده اند.

سپس این قانون به زبان های دری و پشتو ترجمه شده است. به نظر می رسد، به دلیل ترجمه از متن عربی، ق. م تدقیق نشده است. همچنین، این قانون توسط شورای ملی (پارلمان) وقت مورد تصویب قرار نگرفته است، بلکه توسط شورای وزیران حکومت داود خان مورد تأیید قرار گرفته و توسط فرمان نافذ گردیده است. به نظر می رسد دلیل مشکل بودن فهم بسیاری از قواعد قانون مدنی نیز وارداتی، ترجمه از متون عربی، عدم تدقیق و تصویب قانون مدنی توسط شورای ملی وقت است.

حقوق خصوصی در افغانستان به یک بارگی به وجود نیامده است، بلکه ناشی از تحولاتی است که در هر رشته آن صورت پذیرفته است. در مورد حقوق خصوصی قبل از اسلام افغانستان اسنادی در دست نیست. اما، بعد از استقرار اسلام در افغانستان، حقوق خصوصی افغانستان کاملاً فقهی بوده است. حقوق خصوصی که شامل شاخه های حقوق فامیل، وجایب، عینی، میراث، تجارت می شود جزء مباحثی است که در فقه اسلامی تحت ابواب نکاح، طلاق، عقود، ارث و ... مطرح می شود. به صورت دقیق تر: کتاب های فقه اسلامی چه کتاب های متون فقه و چه کتاب های فتاوی حاوی مباحث و مطالبی پیرامون احکام حقوق فامیل، وجایب، عینی، میراث و تجارت بوده اند. به هر حال، این وضع تا سال ۱۳۰۱ هـ ش یعنی دوره ایجاد قوانین مدون در افغانستان ادامه پیدا کرد.

بعد از سال ۱۳۰۱ هـ ش آهسته آهسته و به تدریج شاخه های حقوق خصوصی وضعی افغانستان ایجاد شد. چنانچه در عرصه حقوق فامیل در زمان امان الله خان دو قانون (نظامنامه) مهم وضع و نافذ گردید. اولین قانون در این باره نظامنامه نکاح، عروسی و ختنه سوری بود که به تاریخ اول سنبله ۱۳۰۳ هـ ش وضع و نافذ گردید. سپس، نظامنامه نکاح، عروسی و ختنه سوری در سال ۱۳۰۶ تعدیل شد که تعدیل آن به نام نظامنامه نکاح و سنتی یاد می گردد که در ۱۱ دلو ۱۳۰۶ هـ ش نافذ گردید که اهداف مشابه نظامنامه نکاح، عروسی و ختنه سوری را تعقیب می نمود. در دوره نادر شاه نظامنامه نکاح و سنتی لغو گردید و به عوض آن اصولنامه نکاح، عروسی و ختنه به تاریخ ۱۱، ۶، ۱۳۲۸ هـ ش نافذ گردید.

در این دوره، در ساحه حقوق تجارت نیز تحولاتی به وقوع پیوست. دو اصولنامه: اصولنامه تجارت و اصولنامه افلاس و ورشکست در این دوره وضع و نافذ شد که منابع مهم حقوق تجارت افغانستان را تا به حال تشکیل می دهند. در زمان حکومت محمد ظاهر شاه اصولنامه نکاح، عروسی و ختنه سوری ملغی و به عوض آن قانون ازدواج^{۴۱۳} وضع و نافذ گردید. در دوره سردار محمد داود خان تحول عمیق در ساحه حقوق مدنی به وقوع پیوست. اولین قانون مدنی^{۴۱۴} در این دوره وضع و نافذ گردید.

۴۱۳. قانون ازدواج (____) ۱۰۹ جریده رسمی.
۴۱۴. قانون مدنی (۱۳۵۵/۱۰/۱۵). ۳۵۳ جریده رسمی.

ج) تقسیمات

حقوق خصوصی در نظام حقوقی افغانستان به حقوق مدنی، حقوق تجارت و حقوق ملکیت های معنوی تقسیم می شود:

۱) حقوق مدنی

اول) تعریف

امروزه اصطلاح حقوق مدنی^{۴۶۵} در دو مفهوم به کار می رود: در مفهوم جمع حق و در مفهوم مجموعه قواعد. در مفهوم جمع حق، حقوق مدنی^{۴۶۶} که به نام حقوق شهروندی نیز یاد می شود از میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ منشأ می گیرد، مجموعه امتیاز های شهروندان پیرامون موضوعات مدنی از قبیل: حق تشکیل انجمن ها، حق آزادی فکر و بیان، حق برخورد مساوی توسط قانون و امثال اینها است. اما، در مفهوم قاعده، حقوق مدنی مجموعه قواعد حقوقی است که روابط خصوصی افراد به جز مسایل تجارتي را تنظیم می نماید.

دوم) پیشینه

اصطلاح حقوق مدنی از حقوق روم گرفته شده است و ترجمه کلمه لاتینی (Jus Civil) است. این حقوق مخصوص اتباع رومی بود و در برابر حقوق بشر (Jus Gentium) که قواعد عمومی برای تمام ملتها بود، استعمال می شد. روی همین دلیل، در تمام قرون وسطی وقتی سخن از حقوق مدنی می شد، مقصود حقوق روم بود که در برابر «حقوق کلیسا» استعمال می شد. ولی، رفته رفته حقوق مدنی مفهوم اصلی خود را از دست داد و به معنای «حقوق خصوصی» در مقابل «حقوق عمومی» استعمال گردید.

استعمال کلمه حقوق مدنی مورد تقلید بسیاری از ملت ها و از جمله فرانسوی ها قرار گرفت. به ویژه در قرن هفدهم، با انتشار کتاب دوما، حقوقدان مشهور فرانسوی، در زبان حقوقی این ملت حقوق مدنی به معنای حقوق خصوصی به کار رفت و بعد از انقلاب کبیر ۱۷۸۹ م نیز همین معنی مورد قبول واقع شد، چنانکه قانون ۱۸۰۴ م ناپلئون نیز به این نام خوانده شد و امروز نیز به قانون مدنی ناپلئون مشهور است.^{۴۶۷} قبل از تصویب قانون مدنی ۱۳۵۵ هـ ش حقوق مدنی افغانستان تابع احکام فقه اسلامی بوده است. حقوق مدنی موضوعه با تصویب قانون مدنی ۱۳۵۵ هـ ش در افغانستان ایجاد شد.

سوم) روش های تقسیم و موضوعات مورد بحث حقوق مدنی

465 . Civil law.

466 . Civil rights.

۴۶۷. ناصر کاتوزیان (۱۳۷۹). کلیات حقوق، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۲۷۱ و ۲۷۲؛ و محمد حسین ساکت (۱۳۸۶). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ سوم، نشر انتشارات جنگل، جاودانه، ص ۲۷.

از مجموع مطالعات کتاب های حقوق مدنی در حقوق موضوعه و فقه این نتیجه به دست می یابد که به طور کلی، در مورد تقسیمات حقوق مدنی چهار روش وجود دارد: روش فرانسوی و انگلیسی، روشی که کم و بیش در ممالک عربی معمول است و روش که دانشمندان حقوق ایران ایجاد نموده اند و روشی که فقهاء به کار برده اند:

۱) روش فرانسوی و انگلیسی: در حقوق فرانسه و انگلیس حقوق مدنی را مستقیماً به حقوق فامیل، وجایب، عینی و میراث تقسیم می نمایند.

۲) روش برخی ممالک عربی: در برخی ممالک عربی حقوق مدنی را به حق های شخصی و حق های (حقوق) عینی تقسیم می نمایند. در حقوق شخصی تعهدات افراد در برابر همدیگر مورد بحث قرار می گیرد. در حقوق عینی رابطه افراد با اموال و ملکیت مورد بحث قرار می گیرد.

۳) روش حقوقدانان ایرانی: حقوقدانان معاصر ایران حقوق مدنی را به حقوق مدنی ۱ الی ۸ تقسیم می نمایند. در هر یک از این حقوق مدنی ها مباحثی مانند: اهلیت و شخصیت، اموال، قرارداد ها، ازدواج، عقود معین، ارث و وصیت و... را مورد بحث قرار می دهند.

۴) روش فقهاء: برخی فقهاء مباحث حقوقی مدنی را به احوال شخصیه، معاملات و حقوق عینی تقسیم می نمایند.

چهارم) تفاوت حقوق مدنی با حقوق خصوصی و احوال شخصیه

در ابتداء به صورت عموم حقوق مدنی به معنای حقوق خصوصی استعمال می شد. ولی، امروزه، حقوق مدنی به معنی حقوق خصوصی استعمال نمی شود.^{۴۶۸} زیرا، طبق قانون مدنی افغانستان، حقوق مدنی صرف شامل حقوق فامیل، حقوق وجایب، حقوق عینی، حقوق میراث و اموال و اشخاص می شود که احکام آنها را قانون مدنی تنظیم نموده است. ولی، حقوق خصوصی علاوه بر حقوق فامیل، حقوق تعهدات، حقوق عینی و حقوق میراث، حقوق تجارت را نیز در بر می گیرد که احکام آن را اصولنامه تجارت، قانون اصول محاکمات تجارتي، قانون افلاس و ورشکست و غیره تنظیم نموده است.^{۴۶۹}

در برخی کشورها از جمله ایتالیا و انگلستان، قواعد حقوق تجارت در ضمن قوانین مدنی پیش بینی شده و حقوق تجارت مستقلی وجود ندارد. باوجوداین، به دلیل اوصاف و ضرورت های خاصی که برای مناسبات تجاری وجود دارد مانند: سرعت مبادلات تجاری، سرعت بیشتر در مورد اثبات تعهدات تجاری، در همه کشورها این دیدگاه غالب است که قوانین مدنی نمی تواند پاسخگوی مناسبات تجارتي کنونی

۴۶۸. در برخی نظام ها مانند نظام حقوقی کامن لا هنوز هم حقوق مدنی و حقوق خصوصی مترادف استعمال می شوند، نک: (WJ. Brown (1999). GCSE Law, seventh edi: (___), Sweet and Maxwell, p 5).

۴۶۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۵۲؛ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۲۳۹.

باشد. از این رو، کشور هایی که حقوق تجارت ندارند، فصل ویژه ای از قانون مدنی خود را به قواعد تجارت اختصاص داده اند.^{۴۷۰}

حقوق خصوصی با احوال شخصیه^{۴۷۱} نیز فرق دارد. احوال شخصیه در لغت ترکیب وصفی، متشکل از دو کلمه «احوال» جمع حال و شخصیه، اسم منسوب به شخص است. در باره تعریف اصطلاحی احوال شخصیه حقوقدانان اتفاق نظر ندارند و بسیاری از حقوقدانان سعی کرده اند با بر شمردن مصادیق آن، احوال شخصیه را تعریف نمایند. داکتر ناصر کاتوزیان در تعریف احوال شخصیه می گوید که: احوال شخصیه به معنی اوصاف و خصوصیات است که وضع و هویت شخصی و حقوق و تکالیف فرد را در اجتماع معین می کند. این تعریف مورد پذیرش بسیاری از حقوقدانان قرار گرفته و شامل اهلیت و وضعیت می شود.

داکتر سید حسین صفائی و داکتر سید مرتضی قاسم زاده در کتاب حقوق مدنی اشخاص و محجورین احوال شخصیه را چنین تعریف می نمایند: «احوال شخصیه اوصافی است که مربوط به شخص است صرف نظر از شغل و مقام خاص او در اجتماع، و قابل تقویم و مبادله با پول نیست و از لحاظ حقوقی مدنی آثار بر آن مترتب است، مانند: ازدواج، طلاق و نسب.^{۴۷۲}

داکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی احوال شخصیه را چنین تعریف می نماید: «احوال شخصیه عبارت است از مجموع صفات انسان که به اعتبار آنها یک شخص در اجتماع دارای حقوق شده و آن حقوق را اجراء می کند، مانند: تابعیت، ازدواج، اسم، اقامتگاه، اهلیت و غیره.^{۴۷۳} داکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی در تعریف دیگر بر این نظر است که: احوال شخصیه عبارت از مجموعه صفات انسان است که با عقد آنها یک شخص در اجتماع دارای حقوق شده و آن حقوق را اجراء می نماید، مانند: طلاق، افتراق، جهیز و مهر، ابوت، نسب، فرزند خواندگی، اهلیت، رشد، قیمومیت، ولایت، حجر، ارث، وصیت و تصفیه ترکه.^{۴۷۴} در پاره ای از قوانین مصر این اصطلاح به معنی عام به کار رفته و شامل ارث و وصیت می گردد.

قانون احوال شخصیه سوریه مصوب ۱۹۵۳م، قانون احوال شخصیه مراکش مصوب ۱۹۵۷-۱۹۵۸م، قانون احوال شخصیه تونس مصوب ۱۹۵۶م و قانون احوال شخصیه عراق مصوب ۱۹۵۹م شامل قواعدی در باره ارث و وصیت است. دیوان تمیز مصر در تعریف احوال شخصیه بیان داشته است که احوال

۴۷۰. حسین آراسته و دیگران (۱۳۸۹). در باره علم حقوق، چاپ اول، تهران: نشر کتاب، ص ۳۰.

471. Personal status.

۴۷۲. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسم زاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۱۰.

۴۷۳. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۱۷.

۴۷۴. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۲)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، ص ۱۹۳.

شخصیه مجموعه صفات طبیعی یا خانوادگی است که موجب تمایز انسان از دیگران و منشأ اثر حقوقی در زندگی اجتماعی می‌گردد. ولی، امور مالی، مانند: وقف، هبه، وصیت تملیکی و نفقه از احوال عینیه (مالی) به شمار می‌آید نه احوال شخصیه با وصف آنکه قانونگذار مصری این امور را با توجه به جنبه مذهبی آنها از صلاحیت محاکم مدنی خارج کرده و مانند احوال شخصیه در صلاحیت محاکم شرع قرار داده است.^{۴۷۵}

داکتر وهبة الزحیلی در کتاب الفقه الاسلامی و ادلته جلد نهم می‌نویسد: احوال شخصیه اصطلاح است که از حقوق خارجی وارد فقه اسلامی گردیده و احکامی را که رابطه انسان را با فامیلش تنظیم می‌نماید، احتوا می‌نماید که از ازدواج آغاز و به تصفیة ترکه و میراث منتهی می‌گردد که به صورت عموم شامل موارد آتی می‌گردد:

اول) احکام اهلیت، ولایت و وصایت بر صغار؛

دوم) احکام حقوق فامیل، مانند: خواستگاری، نامزدی، نکاح، حقوق مالی و غیرمالی زوجین، مانند: مهر و نفقه و ... انحلال عقد ازدواج از طریق، طلاق، خلع، تفریق قضائی از قبیل: تفریق به اساس عیب، عدم انفاق، ضرر، لعان، ظهار، ایلاء، حقوق اطفال از قبیل: نسب، رضاع، فراهم نمودن نفقه و ...؛ سوم) احکام اموال مربوط به فامیل از قبیل: میراث، وصیت، وقف و امثال اینها که تصرفات مربوط به بعد از مرگ اند.^{۴۷۶}

همچنین، در کتاب احکام الاحوال الشخصیه تألیف دوکتور محمد موسی احوال شخصیه چنین توضیح شده است: معنای احوال شخصیه: صرف نظر از اینکه موضوع ازدواج و متعلقات آن نوعی از مباحث را در فقه اسلامی تشکیل می‌دهد، به طور مستقل نیز مورد بحث قرار می‌گیرد که به آن حقوق اسره یا حقوق فامیل گفته می‌شود که در اصطلاح جدید به نام احوال شخصیه یاد می‌گردد.

طوری که در اصول و قواعد علم الاجتماع نیز ضبط است، انسان موجود اجتماعی بوده و امکان زیست وی به تنهایی میسر نیست. بنابراین، انسان باید در اجتماع زندگی نماید خواه اجتماع بزرگ باشد یا کوچک. زیست اجتماعی انسان‌ها با یکدیگر باعث ایجاد روابط و علاقه‌های ویژه می‌گردد که برای استحکام آن قوانین و مقررات نقش به‌سزا دارد. از جمله این علایق آنچه به ذات انسان و شخصیت او رابطه مستقیم دارد عبارت از علاقه فردی شخص با خانواده اوست از قبیل: علاقه زوجیت، ابوت، بنوت و قرابت. این علایق و روابط در احوال مختلف و خاص با وفات انسان خاتمه می‌یابد که همه مربوط احوال شخصیه است. اصطلاح احوال شخصیه مأخوذ از حقوق غربی بوده و از حقوق فرانسه اقتباس گردیده است و قانونی که در چنین احوال حکمروایی می‌نماید، در لبنان به نام قانون اسره، قانون فامیل و خانواده

۴۷۵. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، صص ۱۰-۱۱.

۴۷۶. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویته: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۴۸۷.

یاد می‌گردد و این وجه تسمیه به صورت کامل صحیح و مناسب است. بدین ترتیب، احوال شخصییه مسائل مربوط به ازدواج و متعلقات آن، نسب و آثار آن، وصیت و میراث می‌شود که تمام این موارد به احوال انسان به ویژه به شخصیت او ارتباط دارد.^{۴۷۷} طبق قانون احوال شخصییه اهل تشیع احوال شخصییه شامل اهلیت، شخصیت، فامیل، ارث، وصیت، وقف و هبه می‌شود.

از آنچه در باره حقوق خصوصی و احوال شخصییه گفته شد، چنین نتیجه گرفته می‌شود که حقوق خصوصی عام و احوال شخصییه خاص است. به عبارت دیگر: احوال شخصییه جزء حقوق خصوصی است. زیرا، در نظام حقوق افغانستان حقوق خصوصی به: حقوق وجایب، حقوق عینی، حقوق تجارت، حقوق میراث و حقوق فامیل تقسیم می‌شود و احوال شخصییه بیشتر مطالب مربوط به حقوق فامیل، حقوق میراث و برخی مطالبی دیگر مانند: وصیت و غیره را احتوی می‌نماید.

پنجم) تقسیمات حقوق مدنی در افغانستان

به نظر می‌رسد نویسندگان ق. م در تقسیمات حقوق مدنی از روش انگلیسی، فرانسوی و اسلامی پیروی نموده‌اند. احکام مربوط به حقوق مدنی افغانستان را ق. م تنظیم نموده است. ق. م در چهار جلد تنظیم گردیده است. موضوعاتی که شامل جلد اول ق. م می‌گردد عبارتند از: (۱) منابع حقوق مدنی؛ (۲) استعمال حق؛ (۳) تطبیق قانون از حیث زمان و مکان؛ (۴) اشخاص حقیقی که شامل مسائل فرعی چون: اسناد سجالات، تابعیت، اقامتگاه و فامیل می‌گردد؛ (۵) اشخاص حقوقی؛ و (۶) اموال.

موضوع عمده مورد بحث جلد دوم قانون مدنی تعهدات است که شامل تصرفات و حوادث حقوقی می‌گردد. چون منبع ای تعهدات تصرفات و حوادث حقوقی است. جلد دوم ق. م احکام معین را در باره تصرفات حقوقی؛ یعنی: عقد و ایقاع، و حوادث حقوقی؛ یعنی: تقصیر، غصب، اتلاف، پرداخت بدون حق و عمل فضولی وضع نموده است. چون هر تعهد موجب ایجاد آثار معین می‌گردد و نیز در موارد خاص منتهی می‌گردد و راه‌های برای اثبات آن وجود دارد، جلد دوم علاوه بر تصرفات و حوادث حقوقی، احکام معین را راجع به آثار، انتهاء و اثبات تعهد وضع نموده است. جلد سوم به عقود معین از قبیل: بیع، اجاره، رهن، عاریت، شرکت، کفالت، وکالت و غیره پرداخته است که در واقع یکی از منابع تصرفات حقوقی است و احکام جلد چهارم احکام حقوق عینی، و حقوق میراث را تنظیم نموده است. با توجه به آنچه بیان شد، می‌توان نتیجه گرفت که موضوعات مورد بحث حقوق مدنی افغانستان شامل مباحث چون: استعمال حق، تطبیق قانون از حیث زمان و مکان، اشخاص حقیقی و حکمی، اهلیت، تابعیت، اقامتگاه، اسناد سجالات، حقوق فامیل، حقوق وجایب، حقوق عینی، حقوق میراث و غیره می‌شود:

اولاً) حقوق فامیل

حقوقدانان، حقوق فامیل را به گونه های مختلف تعریف نموده اند: عده ای بر این نظر اند که: حقوق فامیل مجموعه قواعدی است که مناسبت فرد را با خانواده اش که، تشکیل شده است و یا در حال تشکیل است، بیان می کند.

این تعریف ناقص به نظر می رسد. زیرا، آنچه در این تعریف مطرح نظر است تنظیم مناسبات یا روابط شخص با فامیلش است که در حال تشکیل شدن است؛ یعنی: در مرحله خواستگاری و یا نامزدی قرار دارد و یا تشکیل شده است، یعنی: نکاح صورت گرفته است. در حالی، حقوق فامیل نه تنها قواعد و احکام مربوط به تشکیل و بقای فامیل را تنظیم می نماید، بلکه قواعد و احکام مربوط به انحلال فامیل را نیز تنظیم می نماید. زیرا، فامیل نیز نهاد حقوقی مؤقت است که با نکاح دختر و پسر و یا زن و مرد ایجاد می گردد و با طلاق دادن مرد زوجه اش را و یا مطالبه تفریق توسط زوجه به سبب عیب، عدم انفاق، ضرر و ... از محکمه ذیصلاح و طلاق زوجه توسط محکمه ذیصلاح، خلع، فسخ و نیز مرگ یکی از زوجین منحل می گردد.^{۴۷۸}

بنابراین، این تعریف قواعد و احکام مربوط به انحلال فامیل را در بر نگرفته است و ناقص به نظر می رسد. برخی حقوقدانان دیگر در تعریف حقوق فامیل به مفهوم خاص می گویند: حقوق فامیل مجموعه مقررات و قواعد حقوقی است که براساس آن، روابط و مناسبات اشخاصی که در یک خانواده زندگی می نمایند و معمولاً شامل پدر، مادر و فرزندان می شوند، تنظیم می شود. اما، به مفهوم عام، حقوق فامیل عبارت از مجموعه مقررات و قواعد حقوقی است که روابط و مناسبات افرادی را که در بین ایشان قرابت و خویشاوندی وجود داشته باشد، تنظیم می کند.^{۴۷۹}

این تعریف نیز ناقص به نظر می رسد. زیرا، عبارت روابط و مناسبات در این تعریف مبهم است. پس، تعریفی که می توان برای حقوق فامیل ارائه کرد این است که: «حقوق فامیل مجموعه قواعد حقوقی، احکام فقهی و قواعد فقهی است که احکام متعلق به تشکیل، بقاء و انحلال فامیل و حقوق و تکالیف اشخاصی را که در فامیل دارای قرابت هستند، تنظیم می نماید.» برخی حقوقدانان در تعریف حقوق فامیل می گویند: حقوق فامیل مجموعه قواعدیست که تشکیل، روابط، حق ها، وجایب، ادامه و انحلال عقد ازدواج را تنظیم می نماید.^{۴۸۰} طبق این تعاریف حقوق فامیل احکام مربوط به تشکیل فامیل، استمرار

۴۷۸. به نظر می رسد فرقی که میان انحلال ازدواج از طریق طلاق، خلع، تفریق و فسخ و مرگ یکی از زوجین وجود دارد این است که انحلال ازدواج از طریق طلاق، خلع، تفریق و فسخ موجب انحلال فامیل می گردد. اما، انحلال رابطه زوجیت از طریق مرگ یکی از زوجین موجب انحلال فامیل نمی گردد مشروط بر اینکه زن و شوهر دارای اولاد باشند. از همین جهت، میان فقهاء و حقوقدانان معروف است که: وجود زن و مرد شرط حدوث فامیل است نه شرط بقای آن. به این توضیح که: هیچ فامیلی تشکیل نمی شود، مگر اینکه زن و مرد با همدیگر نکاح نمایند. اما، اگر یکی از زوجین وفات نمایند هرچند رابطه زوجیت میان آنها منقطع می گردد، با آن هم فامیل با برجا است.

۴۷۹. عبدالقادر عدالتخواه (۱۳۸۷). حقوق فامیل، چاپ اول، کابل: انتشارات میوند، ص ۱۹.

480. William P. Statsky (____). Family Law, 6th edi, New York: Delmar Gengage leaning, p 19.

و بقای فامیل و انحلال آن و نیز حقوق و تکالیف زن در برابر شوهر، شوهر در برابر زن و زن شوهر در برابر اولاد و اولاد در برابر والدین را تنظیم می نماید. منابع حقوق فامیل افغانستان قرار ذیل است:

۱) قوانین: برخی قوانینی که منابع حقوق فامیل افغانستان را تشکیل می دهند عبارت اند از:
 ۱- قانون اساسی: اولین منبع حقوق فامیل ق. ۱ بوده است که اکنون مورد تأیید حکومت طالبان نیست. در ق. ۱ در خصوص حقوق فامیل قواعد ذیل وجود دارد: نخست: طبق ماده ۵۴ ق. ۱: «خانواده رکن اساسی جامعه را تشکیل می دهد 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 مقدس اسلام، تدابیر لازم اتخاذ می کند.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:
 یک: خانواده در اثر ازدواج به وجود می آید و مجموعه خانواده ها اجتماع را می سازند. از همین رو، قانونگذار اساسی خانواده را رکن اساسی جامعه دانسته است.

دو: دولت مکلف است خانواده را مورد حمایت قرار دهد. مصادیق حمایت هنوز در حقوق افغانستان روشن نیست، زیرا از زمان انفاذ ق. ۱ تا کنون دولت هیچ حمایتی برای خانواده ها فراهم نکرده است. در برخی نظام ها، کاهش و معافیت از برخی مالیات، فراهم کردن مسکن و نظیر اینها از مصادیق حمایت اند. سه: دولت مکلف است به منظور تأمین سلامت روحی و جسمی طفل و مادر، تربیت اطفال و از بین بردن رسوم مغایر با دین اسلام مانند: منع زنان از حق توارث، بد دادن دختران و نظیر اینها تدابیر لازم را اتخاذ نماید.

دوم: طبق ماده ۲۲ ق. ۱: «... [اتباع افغانستان اعم از زن و مرد در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی می باشند]». هرچند بخش اول این ماده که همه انواع تبعیض را ممنوع قرار می دهد، شامل مرد و زن می شود، زیرا هر فردی که تابعیت افغانستان را داشته باشد اعم از این که زن باشد یا مرد تبعه افغانستان است (ماده ۴ ق. ۱)، اما به نظر می رسد برای رفع ابهام و جلوگیری از تفسیر قانونگذار اساسی در بخش دوم این ماده به صورت مشخص تأکید بر برابری حق ها و وجایب زنان و مردان دارد. لذا، طبق نص این ماده زن و مرد در برابر قانون حقوق و وجایب مساوی دارند.

به نظر می رسد می توان نص ماده ۲۲ ق. ۱ را تفسیر موسع نمود و به بخش های مدنی، جزایی، اداری، اصول محاکمات تسری داد. در این صورت، در دعاوی مدنی طرفین دعوی در برابر محکمه مساوی و برابر اند. در موضوعات مدنی زن و مرد دارای حقوق و وجایب مساوی در ارث، طلاق، شهادت و امثال اینها اند. در حقوق اداری در مسأله استخدام، مراجعه به اداره همه اتباع برابر اند. در ساحت حقوق جزا همه در برابر قانون از حقوق مساوی برخوردار اند.

چنانچه گفته شد، در نص ماده ۲۲ ق. ۱ اصل برابری اتباع که در واقع یکی از اصول حقوق عامه است مدون شده است. مفهوم این اصل این است که همه افراد قطع نظر از رنگ، نژاد، زبان، منطقه و ... در برابر قانون مساوی و برابر اند. اصل برابری اتباع در برابر قانون با اصل بی طرفی اداره رابطه نزدیک دارد،

زیرا ماده ۲۲ ق. ا تبعیض و امتیاز را میان اتباع ممنوع قرار می دهد و اصل بی طرفی اداره، ادارات را مکلف به برخورد بی طرف مقامات اداری با اتباع می نماید. قابل توصیه است نص این ماده «اساسی سازی»^{۴۸۱} شود تا قوانین مدنی و اصول محاکمات مدنی مطابق با ماده ۲۲ ق. ا شوند تا در این زمینه ها نیز برابری شکلی اتباع در برابر قانون تأمین و تضمین شود.

۲- قانون مدنی: ق. م در واقع یکی از مهم ترین منابع حقوق فامیل در افغانستان است. زیرا، جلد اول، مواد ۵۶ الی ۳۳۶ ق. م احکام معین را در رابطه به نامزدی، نکاح، آثار نکاح، انحلال نکاح و آثار آن و حقوق اطفال ناشی از نکاح صحیح وضع نموده است؛

۳- ق. م. خ. ع. ز. ق. م. خ. ع. ز احکام معین جزایی را راجع خشونت علیه زن وضع نموده است که برخی احکام آن مربوط به فامیل نیز می شود.

۴- قانون مراسم عروسی: قانون مراسم عروسی نافذۀ منتشرۀ جریده رسمی شماره ۱۲۸۰، ۹ جدی، ۱۳۹۶ منبع دیگری حقوق فامیل است.

۲) فرامین تقنینی: برخی فرامینی که منابع حقوق فامیل را در حقوق افغانستان تشکیل می دهد عبارت اند از: فرمان شماره ۲۲۰ مؤرخ ۱۳۶/۲/۳۰ منتشرۀ جریده رسمی ۷۱۹ مؤرخ ۱۳۶۹/۴/۱۶ دوکتور نجیب الله در مورد الغای فرمان شماره ۷ در بارۀ مهر و مصارف عروسی منتشرۀ جریده رسمی شماره ۴۰۹ مؤرخ ۲۷، ۷، ۱۳۵۷، فرمان شماره ۷۷ مؤرخ ۱۳۶۵/۴/۱۰ ببرک کارمل در مورد ایزاد و تکمیل قانون مدنی، منتشرۀ جریده رسمی شماره ۶۱۵ مؤرخ ۱۳۶۵/۶/۱۵ در مورد ثبت طلاق، فرمان شماره ۲۰۰۷ مؤرخ ۲۹ جدی، ۱۳۵۸ مقام ریاست جمهوری منتشرۀ جریده رسمی شماره ۳۹۱، مؤرخ ۱۳۵۶/۱۱/۳۰ در مورد ایزاد ق. م، فرمان شماره ۲۵۵ مؤرخ ۱۳۶۶/۸/۷ هیأت ریسه شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان در بارۀ ضمیمۀ شماره سوم ق. م و غیره.

۳) فقه: منبع سوم حقوق فامیل را فقه تشکیل می دهد (ماده ۱ ق. م). فقه شامل عبادات (نماز، روزه، زکات، حج)، معاملات، مناکحات، ارث، صلح، عقوبات و ... می گردد و مناکحات تمام احکام حقوق فامیل را در بر می گیرد. بنابراین، فقه یکی از منابع مهم حقوق فامیل را تشکیل می دهد.

۴) عرف و عادات عمومی: عرف و عادات یکی دیگر از منابع حقوق فامیل را تشکیل می دهد. برخی استادان به صورت مطلق عرف و عادات را منبع حقوق فامیل می دانند.^{۴۸۲} این اطلاق محل ایراد به نظر می رسد، زیرا طبق ماده ۲ ق. م در عرف و عادات منحیث منبع ای حقوق فامیل شرط است اول اینکه عرف و عادات مخالف قانون و عدالت نباشد و دوم اینکه عرف و عادات عام باشد:

۴۸۱. در خصوص اساسی سازی قانون اساسی نک: جواد تقی زاده (۱۳۹۰). مسأله اساسی سازی نظم حقوقی، مجموعه مقالات اساسی سازی، جزوه مقطع کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی - واحد کابل.
۴۸۲. عبدالقادر عدالتخواه (۱۳۸۷). حقوق فامیل، چاپ اول، کابل: انتشارات میوند، ص ۲۲.

۱- عرف و عادات مخالف احکام قانون نباشد: شرط اول عرف و عادات برای اینکه یکی از منابع حقوق فامیل را تشکیل بدهد این است که عرف و عادات مخالف قانون نباشد. با توجه به این شرط عرف و عاداتی که مخالف شرع و قانون اند، مانند: بد دادن دختران، ازدواج های اجباری، مصارف بی نهایت سنگین عروسی، توارث زنان ثبیه و عدم اجازه دادن آنها جهت ازدواج، حرمان زنان از حق کار و تحصیل، نامزدی دختر و پسر بدون اینکه همدیگر را ببینند و ... منبع حقوق فامیل را تشکیل نمی دهند. زیرا، این نوع عرف و عادات خلاف قوانین موضوعه افغانستان است. از همین جهت، ق. م. خ. ع. ز برخی این عرف و عادات را جرم پنداشته است.

۲- عام بودن: عرف و عاداتی می تواند منبع ای حقوق فامیل را تشکیل بدهد که عام باشد. مثالی که می توان برای عرف و عادات عام در افغانستان ارایه کرد عبارت از پرداخت مهر به صورت معجل و مؤجل است.

۵) اصول کلی حقوق: برخی اصول کلی حقوق مانند اصل صحت قراردادها، اصل عدم، اصل منع سوء استفاده از حق، اصل برابری و نظیر اینها منابع حقوق فامیل اند. همچنین، متحدالمال های ستره محکمه و دکترین منبع دیگر حقوق فامیل اند.

موضوعات مورد بحث حقوق فامیل خواستگاری، نامزدی، نکاح، آثار نکاح، انحلال نکاح اعم از فسخ، طلاق، خلع و تفریق قضایی، آثار انحلال نکاح اعم از عدت و رجعت، حقوق اطفال مانند حق حیات، رضاع، حضانت، ولایت، وصایت، قیمومیت و نظیر اینها است.

ثانیاً) حقوق وجایب

حقوق تعهدات که در افغانستان به نام حقوق وجایب نیز یاد می گردد مجموعه قواعد حقوقی، عرف، اصول کلی، احکام فقهی و رویه های قضایی است که تعهدات ناشی از تصرفات و حوادث حقوقی اشخاص حقوق خصوصی را در برابر همدیگر تنظیم می نماید. به عبارت محدود: حقوق تعهدات، تعهدات را میان متعهد و متعهدله تنظیم می نماید.^{۴۸۳}

موضوع مورد بحث حقوق تعهدات، تعهداتی است که اشخاص حقوق خصوصی به دلیل تصرفات و حوادث حقوقی در برابر همدیگر دارند مانند تعهدات ناشی از عقود، ایقاع ها و حوادث حقوقی. طبق این تعریف، نخست این که حقوق تعهدات مانند سایر رشته های حقوقی مجموعه قواعد حقوقی است. دوم این که حقوق تعهدات، تعهدات ناشی از اعمال یا تصرفات حقوقی و حوادث حقوقی

483. Gerhard Robbers (2002). An introduction to German law. Translated into English by Miceal Jewll, 5th edi, (____). p 161.

اشخاص حقیقی و حکمی را در برابر همدیگر تنظیم می نماید. بنابراین، تعهداتی که ناشی از قانون اساسی و سایر قوانین عامه اند در حقوق تعهدات مورد بحث قرار نمی گیرد.

به حیث مثال، اشخاص حقیقی و حکمی مطابق قانون اساسی و قانون مالیات بر عایدات باید مالیه پرداخت نمایند. پرداخت مالیه هرچند تعهد شخص حقیقی و حکمی است، اما منبع و سبب این تعهد قانون اساسی است نه تصرف و حادثه حقوقی. همچنین، اشخاص حقیقی مکلف اند نماز بخوانند، روزه بگیرند، حج بروند و سایر تکالیف و تعهدات شرعی را انجام دهند. منبع و سبب این تعهدات شریعت است و این تعهدات در حقوق وجایب مورد مطالعه قرار نمی گیرد.

منابع حقوق وجایب که یکی از شاخه های حقوق مدنی است عبارت اند از:
(۱) قوانین: مانند: ق. ا، ماده های ۳۱ و ۳۲، ق. م به خصوص جلد دوم و سوم، قانون وکلای مدافع و قانون بیمه.

(۲) فقه: منبع دوم حقوق وجایب فقه است (ماده ۲ ق. م). فقه شامل عبادات (نماز، روزه، زکات، حج)، معاملات، مناکحات، ارث، صلح و عقوبات و ... می گردد و معاملات قسمت زیادی احکام حقوق وجایب را در بر می گیرد، مانند: عقود معین، ایقاعات مانند: وصیت، سوگند و امثال اینها.

(۳) اصول کلی حقوق: برخی اصول کلی حقوق مانند: اصل برائت، اصل صحت عقود، اصل آزادی انعقاد عقود، اصل لزوم، اصل عدم، اصل داشتن وکیل مدافع، اصل منع سوء استفاده از حق و امثال اینها منبع حقوق وجایب اند.

(۳) عرف و عادات عمومی: عرف و عادات عمومی یکی از منابع حقوق وجایب را تشکیل می دهد که به برخی مثال های آن در این کتاب اشاره صورت خواهد گرفت.

(۴) آراء ستره محکمه: منبع ای دیگر حقوق وجایب در افغانستان آراء ستره محکمه است که برخی مثال های آن در کتاب خواهد آمد.

(۵) دکترین: دکترین منبع غیرمستقیم و غیرالزام آور حقوق وجایب است.^{۴۸۴}

ثالثاً) حقوق عینی

تعریف حق های عینی به مفهوم مفرد حقوق در بخش حق خواهد آمد. در مفهوم قاعده، حقوق عینی مجموعه قواعدی است که رابطه انسان را به مال و ملکیت تنظیم می نماید. منابع حقوق عینی عبارتند از: قوانین، فرامین تقنینی، فقه، رویه قضایی و دکترین است:

۴۸۴ . جهت مطالعه مفصل در این مورد نک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق وجایب جلد های (۱) و (۲)، چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید.

حقوق عینی به نام های مختلف نامیده می شود. در زبان انگلیسی به حقوق عینی «Property law» و «Law of the things» می گویند. در حقوق جمهوری اسلامی ایران به حقوق عینی، حقوق اموال، حقوق اموال و مالکیت می گویند.

در افغانستان این رشته را به نام حقوق عینی یاد می نمایند. به نظر می رسد اصطلاح حقوق عینی از ادبیات حقوق کشور های عربی به خصوص مصر وارد نظام حقوقی افغانستان شده است. بنابراین، این اصطلاح متأثر از حقوق اسلامی و حقوق کشور های عربی است. در مفهوم مجموعه قواعد حقوق عینی مجموعه قواعد حقوقی، عرف های حقوقی، اصول کلی و رویه های قضایی است که روابط انسان را با اشیاء، اموال و ملکیت تنظیم می نماید. منابع حقوق عینی قرار ذیل است:

۱- قانون اساسی: در ق. ۱۳۸۲ که امروزه مورد تأیید حکومت امارت اسلامی نیست مواد متعددی وجود داشت که احکام مربوط به حقوق عینی را تنظیم می نمود. به عنوان مثال، ماده ۹ ق. ۱ ناظر بر ملکیت پنداشته شدن منابع زیر زمینی توسط دولت، ماده ۱۴ ق. ۱ ناظر بر تکلیف دولت در رابطه به فروش و توزیع زمین های دولتی به اتباع به منظور تهیه مسکن، ماده ۴۰ ق. ۱ ناظر بر مسئولیت ملکیت، تضمین کسب ملکیت توسط اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی و حق تصرف در آن و نیز عدم صلاحیت دولت مبنی بر گرفتن ملکیت اشخاص حقیقی و حقوقی مگر به غرض تأمین منافع عامه از طریق استملاک و پرداخت عوض عادلانه، و ماده ۴۱ ق. ۱ ناظر بر منع خرید عقار توسط اشخاص حقیقی و حکمی خارجی بود که تفصیل هر یک در لابلای این کتاب خواهد آمد؛

۲- قانون مدنی: ق. م در واقع یکی از مهم ترین منابع حقوق عینی در افغانستان است. زیرا، جلد دوم، کتاب دوم، باب اول، مواد ۴۸۴ الی ۴۸۷ احکام معینی را راجع به تقسیم حقوق مالی به عینی و دینی و تقسیم حقوق عینی به حقوق عینی اصلی و حقوق عینی تبعی وضع نموده است. همچنین، جلد اول، فصل سوم، مواد ۴۷۲ الی ۴۸۳ ق. م احکام معین را در باره تقسیمات اساسی اموال و تفکیک اموال عامه از خصوصی و تعریف مال وضع نموده است.

همچنین، جلد چهارم، باب اول مواد ۱۹۰۰ الی ۲۲۹۸ حاوی احکامی معین در باره تعریف ملکیت، قیود ملکیت، ساحة ملکیت، ملکیت مشاع و تقسیم آن و در نتیجه تفریز آن به ملکیت مفروز، ملکیت مشاع اجباری و ملکیت طبقات منازل، اسباب کسب ملکیت که شامل: تصاحب مباحات، ارث، وصیت، التصاق، شفیع، عقد و حیات و ... می شود، است. جلد سوم، مواد ۱۷۷۰ الی ۱۸۹۹ ق. م که احکام مربوط به رهن حیازی و رهن رسمی را تنظیم نموده است؛

۳- قانون تنظیم امور زمینداری: ۴۸۵ ق. ت. ا. ز که احکام مربوط به اصلاحات زمین، تفکیک زمین های دولتی از شخصی، توزیع زمین های زراعتی، بکر و بایر به مستحقین، تشویق سرمایه گذاری

خصوصی، دسترسی اتباع به زمین، جلوگیری از غصب املاک دولتی، ثبت زمین بر اساس اسناد شرعی و قانونی و اجاره زمین های زراعتی را تنظیم نموده است؛

۴- قانون استملاک:^{۴۸۶} که مسایل مربوط به استملاک اموال غیر منقول اشخاص حقیقی و حکمی را توسط دولت به منظور تأمین منافع عامه تنظیم می نماید؛

۵- قانون علفچر:^{۴۸۷} که احکام مربوط به زمین های مرعی یا علفچر را تنظیم می نماید؛

۶- نفت و گاز:^{۴۸۸} که احکام متعلق به نفت و گاز و طرز استفاده از نفت و گاز را تنظیم می نماید؛

۷- قانون فروش عقار به نمایندگی های سیاسی دول خارجی و سازمانهای بین المللی:^{۴۸۹} که احکام

متعلق به فروش عقار را به نمایندگی های دول خارجی و سازمانهای بین المللی تنظیم می نماید؛

۸- قانون آب:^{۴۹۰} که احکام متعلق به ملکیت و طرز استفاده از آب را تنظیم می نماید؛

۹- قانون شکار و ابقای حیات وحش:^{۴۹۱} که احکام مربوط به شکار را تنظیم می نماید؛

۱۰- قانون تنظیم امور جنگلات:^{۴۹۲} که احکام مربوط به جنگلات را تنظیم می نماید؛

۱۱- قانون حفظ آثار تاریخی و فرهنگی:^{۴۹۳} که احکام مربوط به آثار فرهنگی و تاریخی منقول و غیر

منقول را تنظیم می نماید؛ و

۱۲- قانون معادن:^{۴۹۴} که احکام مربوط به طرز استفاده از منابع را تنظیم می نماید.

۱۳- فرامین تقنینی رئیس دولت جمهوری اسلامی افغانستان نیز یکی از منابع حقوق عینی را تشکیل

می دهد، مانند: فرمان شماره ۸۳ مؤرخ ۱۳۸۲/۸/۱۸ رئیس دولت انتقالی اسلامی افغانستان منتشره

جریده رسمی شماره ۸۱۶ مؤرخ ۱۳۸۲/۸/۱۸ هـ. ش در باره املاک که احکام متعلق به تفکیک زمین

های دولتی از شخصی و اعاده زمین های دولت را تنظیم می نماید. فرمان شماره ۹۹ مؤرخ ۱۳۸۱/۲/۴ هـ

. ش رئیس اداره مؤقت در مود عدم توزیع زمین های بکر و بایر دولتی منتشره جریده رسمی ۸۰۲ مؤرخ

۱۳۸۱/۳/۲۸، فرمان شماره ۸۳۰ مؤرخ ۱۳۸۱/۲/۱۱ هـ. ش رئیس اداره مؤقت در رابطه به منع توزیع

زمین های دولتی خلاف ماستر پلان منتشره جریده رسمی ۸۰۲ مؤرخ ۱۳۸۱/۳/۲۸ هـ. ش.

(۲) فقه: منبع دوم حقوق عینی را فقه تشکیل می دهد (ماده ۱ فقره ۲ ق. م). در کتاب های فقهی جدید

باب ها و یا فصول مشخص راجع به اموال و ملکیت و حتی منابع طبیعی مانند: آب، معدن و کنز و سایر

۴۸۶. قانون استملاک (۱۳۶۹). ۱۲۵۸ جریده رسمی.

۴۸۷. قانون علفچر (۱۴۲۱). ۷۹۵ جریده رسمی.

۴۸۸. قانون نفت و گاز (۱۳۸۷). ۹۷۲ جریده رسمی.

۴۸۹. قانون فروش عقار به نمایندگی های سیاسی دول خارجی و سازمانهای بین المللی (۱۳۸۷). ۹۴۷ جریده رسمی.

۴۹۰. قانون آب (۱۳۸۸). ۹۸۰ جریده رسمی.

۴۹۱. قانون شکار و ابقای حیات وحش (۱۴۲۱). ۷۹۵ جریده رسمی.

۴۹۲. قانون تنظیم امور جنگلات (۱۳۹۱). ۱۰۸۷ جریده رسمی.

۴۹۳. قانون حفظ آثار تاریخی و فرهنگی (۱۳۸۳). ۸۲۸ جریده رسمی.

۴۹۴. قانون معادن (۱۳۹۷). ۱۳۱۵ جریده رسمی.

منابع طبیعی که موضوعات عمده مورد بحث حقوق عینی را تشکیل می دهند وجود دارد که در این کتاب به صورت مفصل مورد بحث قرار خواهد گرفت.

- (۳) عرف و عادات عمومی و صحیح یکی دیگر از منابع حقوق عینی است (ماده ۱ فقرة ۲ ق. م).
 - (۴) برخی اصول کلی حقوق مانند: اصل تسلیط، اصل لاضرر (عدم ضرر)، اصل عدم، اصل منع سوء استفاده از حق و ... منابع حقوق عینی را تشکیل می دهند.
 - (۵) برخی متحد المال های ستره محکمه منبع دیگر حقوق عینی است.
 - (۶) نظریات دانشمندان حقوق منبع غیرالزام آور و غیرمستقیم حقوق عینی است.
- موضوعات مورد بحث حقوق عینی، شی، مال، تقسیمات اموال، ملکیت، تقسیمات ملکیت، اسباب کسب ملکیت، حق عینی، حق عینی اصلی، حق عینی تبعی اعم از رهن، حق حبس، حق اختصاص و حق تقدم است.

رابعاً حقوق میراث

راجع به حقوق میراث تعاریف مختلف وجود دارد:

- (۱) حقوق میراث عبارت از مجموعه قواعد حقوقی و احکام فقهی است که مسایل تقسیم ماترک متوفی را بعد از مرگ مؤثر میان ورثه تنظیم می نماید.^{۴۹۵}
- (۲) حقوق میراث مجموعه قواعدی است که احکام مربوط به ترکه، مستحقین ارث و کیفیت تقسیم ارث را میان ورثه تنظیم می نماید.
- (۳) حقوق میراث قواعدی است که راه های انتقال ملکیت متوفی را به مالکین جدید تنظیم می نماید.^{۴۹۶}

اولین منبع حقوق میراث در نظام حقوقی افغانستان قانون مدنی است. جلد چهارم، باب اول، قسمت دوم، مواد ۱۹۹۳ الی ۲۱۰۲ ق. م احکام آن را تنظیم نموده است. این احکام مربوط به ارکان، اسباب، شرایط، موانع، مستحقین ارث از قبیل ذوی الفروض، عصبات، ذوی الارحام و مقرله به نسب، حمل، خنثی مشکل، ولد زنا و ولد لعان، تصفیة ترکه، تجرید ترکه، تسویه دیون ترکه و تسلیم اموال متروکه و تقسیم آن میان ورثه می شود.

منبع دوم حقوق میراث در نظام حقوقی افغانستان فقه است. فقه شامل عبادات (نماز، روزه، زکات، حج)، معاملات، مناکحات، ارث و جهاد، عقوبات و ... می گردد. در فقه نیز بیشتر احکام ارث براساس قرآن، سنت و اجماع ثابت گردیده است و چون احکام ارث بیشتر نقلی است قیاس را در آن راهی نیست.

۴۹۵. اسعد محمد سعید الصاغرجی (____). الفقه الحنفی و أدلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۲۸۸؛ عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۲۵۱؛ و محمد بکر اسماعیل (۱۴۱۰). الفقه الواضح، جلد (۲)، مکه المکرمة: دارالمنار للنشر و التوزیع، ص ۶۲۶.

496 . WJ. Brown (1999). GCSE Law, seventh edi: (____), Sweet and Maxwell, p 252.

موضوع حقوق میراث ماترک و اموالی است که از مردگان بر جای می ماند و نیز کیفیت تقسیم ترکه میان ورثه و بررسی احوال میراثی ورثه است.^{۴۹۷} موضوعات مورد بحث حقوق میراث ترکه، ورثه، حق مؤثر بر ترکه، دسته بندی ورثه، سهم ورثه ها، حجب، عول، تقسیم ترکه و امثال اینها است.

خامساً) حقوق مالکیت های معنوی

تعریف حق های معنوی در مفهوم جمع حق ها در بخش حق خواهد آمد. در مفهوم مجموعه قواعد حقوقی، حقوق معنوی مجموعه قواعدی است که روابط حقوقی اشخاص را با مالکیت های معنوی تنظیم می نماید. برخی منابع حقوق مالکیت های معنوی در افغانستان عبارت اند از ق. ا، ق. م و برخی قوانین عادی است. ماده ۴۷ ق. ا حکم می نماید: «دولت برای پیشرفت علم، فرهنگ، ادب و هنر پروگرام های مؤثر طرح می نماید. دولت حقوق مؤلف، مخترع و کاشف را تضمین می نماید و تحقیقات علمی را در تمام عرصه ها تشویق و حمایت می کند و استفاده مؤثر از نتایج آن را، مطابق به احکام قانون، تعمیم می بخشد.»

ق. م نیز تنظیم مسایل متعلق به حقوق معنوی را به قانون خاص محول نموده است چنانچه ماده ۴۹۱ آن در این باره تصریح می نماید که: «حقوق معنوی که بر شی غیر مادی وارد می گردد، تابع احکام قوانین خاص می باشد.» در روشنایی ق. ا و ق. م دو قانون عمده در افغانستان وضع و نافذ گردیده است که عبارت اند از: قانون حمایت از حقوق مؤلف، مصنف، هنرمند و محقق (کاپی رایت) و قانون حمایت حقوق مخترع و مُکتشف^{۴۹۸} است.

۲) حقوق تجارت

حقوق تجارت مجموعه قواعدی است که روابط تجار، اعمال تجارتي، طرز ایجاد، فعالیت و انحلال شرکت های تجارتي را تنظیم می نماید. منابع حقوق تجارت افغانستان عبارت اند از: اصولنامه تجارت نافذ سال ۱۳۳۶ هجری شمسی و تعدیلات آن، اصولنامه افلاس و ورشکست، قانون شرکت های سهامی و محدودیت المسئولیت منتشره جریده رسمی شماره ۹۱۳، ۱۳۸۵ هجری شمسی، قانون شرکت های تضامنی منتشره جریده رسمی شماره ۹۱۳ مؤرخ ۱۰/۱۱/۱۳۸۵ هجری شمسی، قانون حکمیت تجارتي منتشره جریده رسمی شماره ۹۱۳، مؤرخ ۱۰/۱۱/۱۳۸۵ هجری شمسی، قانون میانجگیری (مصالحه) تجارتي منتشره جریده رسمی شماره ۹۱۳، مؤرخ ۱۰/۱۱/۱۳۸۵ هجری شمسی، قانون سرمایه گذاری خصوصی منتشره جریده رسمی شماره ۸۶۹، ۳۰/۹/۱۳۸۴ هجری شمسی، قانون قرارداد های تجارتي و

۴۹۷ . جهت مطالعه مفصل در این مورد نک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث، چاپ سوم، کابل: انتشارات سعید.

۴۹۸ . قانون حمایت از حقوق مؤلف، مصنف، هنرمند و محقق (کاپی رایت) و قانون حمایت حقوق مخترع و مُکتشف (۱۳۸۷). ۹۵۶ جریده رسمی.

فروش اموال، منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۵۰، ۱۳۹۳ هجری شمسی، عرف و عادات تجارتي و متحدالمال های شورای عالی ستره محکمه ج. ا. ا.

نظریات دانشمندان حقوق نیز یکی از منابع غیرمستقیم و غیرالزام آور حقوق تجارت افغانستان است. موضوعات مورد بحث حقوق عبارت اند از تجار، اهلیت تجارتي، معاملات تجارتي، احکام عمومی شرکت های تجارتي، شرکت ها اعم از شرکت های تضامنی، سهامی، تضامنی مختلط، اسناد تجارتي مانند برات و چک، عقد تجارتي و احکام عمومی آن، بیمه تجارتي و امثال اینها.

گفتار دوم) حقوق عمومی

شاخه دوم حقوق ملی، در نظام حقوقی افغانستان حقوق عامه است.

الف) تعریف و پیشینه

برخلاف حقوق خصوصی که رابطه فرد را با فرد تنظیم می نماید و دولت در تنظیم این روابط نقشی ندارد، مانند: ازدواج، خرید و فروش، عاریت، وصیت، ارث و امثال اینها در حقوق عامه پای دولت دخیل است. برخی حقوقدانان انگلیسی در تعریف حقوق عامه می گویند: «حقوق عامه مجموعه قواعدی است که روابط افراد را با دولت در مملکت معین و روابط دولت ها را با همدیگر تنظیم می نماید.»^{۴۹۹}

این تعریف با این ایراد مواجه است که حقوق عامه تنها روابط افراد با دولت بلکه دولت ها را تنظیم می نماید در حالی که حقوق عامه نه بلکه حقوق بین الملل عمومی روابط دولت ها را به همدیگر تنظیم می نماید. به نظر می رسد حقوق عامه مجموعه قواعدی است که روابط قوای دولت و روابط دولت را با افراد تنظیم می نماید.

از این تعریف به نظر می رسد حقوق عامه حاوی دو نوع قواعد است: نخست قواعد حاکم بر روابط حقوقی ارگان های مختلف دولت که بیشتر قواعد حقوقی اساسی این رابطه را تنظیم می نماید. دوم قواعد حاکم بر روابط ارگان های دولت با افراد که قواعد حقوق اداری، کار، مالیه، جزا، انتخابات و ... این روابط حقوقی را تنظیم می نماید. به حیث مثال، معرفی کاندید وزیر به ولسی جرگه توسط رئیس جمهور ناظر بر روابط قوه مجریه با قوه مقننه و پرداخت مالیه توسط شهروندان به دولت ناظر بر رابطه شهروند با دولت است.

حقوق عامه مانند حقوق خصوصی پیشینه کهن دارد، اما در مفهوم نوین حقوق عامه در قرن هجده با تدوین اولین قانون اساسی مدون جهان ایجاد شده است. در واقع، در قرن هجده این تفکر به وجود آمد که دولت و حکومت تابع و مقید به حقوق باشند. قانون اساسی ایالات متحده آمریکا در تاریخ ۱۷۸۹ به تصویب رسید. با تدوین قانون اساسی دولت و حقوق و آزادی های اساسی اتباع در مفهوم مدرن پا به عرصه وجود گذاشت.

آهسته آهسته حقوق اداری، مالیه، تأمین اجتماعی و سایر رشته های حقوق به وجود آمد. در افغانستان حقوق عامه در مفهوم مدرن با اولین قانون اساسی سال ۱۳۰۱ هجری شمسی زیر نام «نظامنامه اساسی دولت علیه افغانستان» که در ۷۳ ماده توسط رژیم شاه امان الله تهیه شد و در زمستان همان سال (۱۰ حوت ۱۳۰۱ هجری شمسی) در لویه جرگه جلال آباد که مرکب بود از ۸۷۲ نفر به تصویب رسید و در لویه جرگه ماه سرطان ۱۳۰۳ هجری شمسی در پغمان به دلیل عدم حضور نمایندگان تمام ولایات کشور که مرکب بود از ۱۰۵۰ نفر دوباره مورد تصویب قرار گرفت به وجود آمده و آهسته آهسته رشد کرده و به مرحله کنونی رسیده است.

ب) هدف

گفته شد که حقوق عامه مجموعه قواعدی است که روابط حقوقی فرمانرویان را با فرمانبران تنظیم می نماید. با توجه به این تعریف به نظر می رسد هسته های حقوق عامه با ایجاد دولت ها گذاشته شده است. فلسفه وجودی حقوق عامه را تعیین و تنظیم تشکیلات دولت، تعیین حدود صلاحیت های مقامات عامه، تعیین و تضمین حقوق و آزادی های اساسی اتباع توسط دولت تشکیل می دهد. لذا، هدف حقوق عامه تنظیم قدرت و تضمین حقوق و آزادی های اساسی اتباع است. هدف دیگر حقوق عامه قانونمند کردن دولت و حکومت است تا زمانداران در برابر مردم مسؤول باشند و ابتکار عمل به دست مردم باشد.^{۵۰۰}

ج) اهمیت

حقوق عامه امروزه از جهات مختلف دارای اهمیت است:

- ۱) از جهت تنظیم تشکیلات و وظایف قوای عمومی: قواعد حقوق عامه تشکیلات و وظایف قوای عمومی اعم از مقننه، مجریه و قضائیه را تنظیم می نماید.
- ۲) از جهت مهار شدن قدرت دولت: برخی اصول حقوق عامه مانند اصل حاکمیت قانون، اصل عدم صلاحیت، اصل تفکیک قوا و اصل تشریفاتی بودن اعمال اداری قدرت دولت را محدود می نماید. به حیث مثال، اصل تفکیک قوا باعث تجزیه و تقسیم قدرت میان قوای عمومی و مهار شدن قدرت یک قوه توسط قوه دیگر و اصل حاکمیت قانون، اصل عدم صلاحیت و اصل تشریفاتی بودن اعمال عمومی دولت را تابع قانون اساسی و قانون مصوب شورای ملی که هر دو ناشی اراده عمومی اند می نماید.
- ۳) از جهت تضمین و تأمین حقوق و آزادی های اساسی اتباع: قواعد حقوق عمومی، حقوق و آزادی های اساسی اتباع را پیش بینی و تضمین می نماید.
- ۴) از جهت نظارت بر اعمال اداری: قواعد حقوق عمومی زمینه نظارت بر اعمال دولت را فراهم می نماید. لذا، با استفاده از این قواعد، اتباع می توانند ناظر بر اعمال دولت باشند. انجام نظارت بر دولت باعث مؤثریت وظایف دولت، شفاف شدن مصارف و نیز تطبیق صحیح برنامه های عمرانی و پلان های

ملی می شود. به طور کلی، عمومی دانان نظارت بر اعمال دولت را به نظارت بیرونی و نظارت داخلی تقسیم می نمایند.

نظارت بیرونی بر اعمال دولت توسط رسانه، نهاد های جامعه مدنی و مردم صورت می گیرد. نظارت بیرونی بیشتر به عنوان وسیله فشار علیه دولت استعمال می شود و کمتر ضمانت اجرایی دارد و به اندازه نظارت درونی از مؤثریت برخوردار نیست. نظارت درونی نظارتی است که توسط نهادهای دولتی صورت می گیرد. این نظارت به نظارت سیاسی، نظارت اداری و نظارت قضایی تقسیم می شود.

۱- نظارت سیاسی: نظارت سیاسی توسط شورای ملی از طریق استجواب و استیضاح از وزرا صورت می گیرد.

۲- نظارت اداری: نظارت اداری بر اعمال اداری از طریق شکایت به آمرین کارکنان اداری و نهاد های شبه قضایی صورت می گیرد.

۳- نظارت قضایی: نظارت قضایی بر اعمال اداری قوه مجریه توسط قوه قضائیه صورت می گیرد. مبنای نظارت اصل حاکمیت قانون است.^{۵۰۱}

(د) تقسیمات

تقسیمات حقوق عامه نوین بعد از ایجاد دولت های مدرن یکی از مباحث مهم در اکثر نظام های حقوقی است. در حقوق جمهوری اسلامی ایران برخی نویسندگان حقوق عمومی را مستقیماً به حقوق اساسی، حقوق اداری، حقوق مالیه، حقوق جزا و اصول محاکمات مدنی تقسیم نموده اند.^{۵۰۲} برخی دیگر حقوق عامه را رأساً به حقوق اساسی، حقوق اداری، حقوق کار، اصول محاکمات مدنی و اصول محاکمات جزایی، حقوق جزا و حقوق مالیه تقسیم نموده اند.^{۵۰۳} در حقوق فرانسه نیز برخی نویسندگان حقوق عامه را مستقیماً به حقوق اساسی، حقوق اداری، حقوق مالیه و حقوق جزاء تقسیم نموده اند.^{۵۰۴}

در حقوق انگلیس بسیاری از نویسندگان حقوق عامه را رأساً به حقوق اساسی، حقوق اداری و حقوق جزا تقسیم نموده اند.^{۵۰۵} برخی دیگر در امریکا حقوق خصوصی را حقوق عینی، حقوق فامیل، حقوق خطا (Tort law) حقوق میراث و وصیت و حقوق عامه را به حقوق اساسی، حقوق جزا و حقوق اداری

۵۰۱ . جهت مطالعه مفصل راجع به نظارت قضایی بر اعمال اداری نک: منوچهر طباطبایی (۱۳۸۷). حقوق اداری، چاپ پانزدهم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت)، صص ۴۹-۵۴.

۵۰۲ . ناصر کاتوزیان (۱۳۷۹). کلیات حقوق، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۲۷۵-۲۸۰.

۵۰۳ . محمد حسین ساکت (۱۳۸۶). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ سوم، نشر انتشارات جنگل، جاودانه، صص ۱۷۳-۲۶۴.

504. John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (1380). Principles of French law, first edit, Tehran: Dadqaster publication, pp 137- 244.

505. D. L. A. Barker and C. Padfield (1375). Law, 1st edi, Tehran: Arian bookshop, p 4; and WJ. Brown (1999). GCSE Law, seventh edi: (___), Sweet and Maxwell, pp 4 and 5.

تقسیم می‌کنند.^{۵۰۶} این تقسیمات کلاسیک و سنتی است و با توجه توسعه حقوق عامه، این گونه تقسیم بندی حقوق عامه امروزه محل ایراد است، زیرا:

(۱) این گونه تقسیم بندی، تقسیم حقوق عامه به حقوق ماهوی و شکلی را نفی می‌نماید. بدون شک، حقوق خصوصی حقوق ماهوی است. اما، حقوق عامه با توجه به این که حق و تکلیف فرد و دولت را در برابر همدیگر معین می‌نماید و در صورت نقض حقوق ماهوی حقوق شکلی مطرح می‌شود، به حقوق ماهوی و شکلی تقسیم می‌شود.

(۲) در این تقسیم بندی ها، برخی شاخه های جدید حقوق عامه، مانند: حقوق تأمین اجتماعی، حقوق محیط زیست، حقوق رسانه، حقوق بانکداری و نظیر اینها پیش بینی نشده است. به نظر می‌رسد علت این امر کلاسیک بودن این تقسیم بندی ها و جوان بودن رشته حقوق تأمین اجتماعی و برخی رشته های دیگر حقوق عامه است.

(۳) در این تقسیم بندی ها، برخی شاخه های حقوق عامه شکلی، مانند: اصول محاکمات اداری، حقوق محاکمات مالیه، اصول محاکمات کار، اصول محاکمات اساسی پیش بینی نشده است، در حالی که اصول محاکمات اداری، مالیه، کار و اساسی امروزه هم از لحاظ نظری و هم از لحاظ عملی مباحث مهم و بنیادین حقوق عامه اند. در واقع، قواعد حقوق اساسی، حقوق اداری، حقوق کار، حقوق مالیه و حقوق جزا بدون اصول محاکمات فاقد جنبه عملی اند.

امروزه قواعد حقوق عامه یا وجود حق در روابط دولت با فرد را تنظیم می‌نماید یا اثبات حق را به نفع فرد و علیه دولت یا به نفع فرد و علیه فرد دیگر. در نتیجه، حقوق عامه به دو دسته تقسیم می‌شود: حقوق عامه ماهوی و حقوق عامه شکلی. چون برای اقامه دعوی وجود مراجع رسیدگی به دعوی ضروری است، تشکیلات قوه قضائیه نیز جزء حقوق عامه محسوب می‌شود. در ذیل، حقوق عامه ماهوی (۱) و حقوق عامه شکلی (۲) را مورد بحث قرار می‌دهیم:

(۱) حقوق عامه ماهوی

حقوق عامه ماهوی^{۵۰۷} مجموعه قواعدی حقوقی است که محتوا و ماهیت حقوق را تشکیل می‌دهد و حق ها و تکالیف افراد را در برابر دولت و از دولت را در برابر افراد تنظیم می‌نماید.^{۵۰۸} همچنین، حقوق عامه ماهوی مشروعیت و عدم مشروعیت اعمال را تعیین می‌نماید.

506. Frank August Schubert (2008). Introduction to Law and the Legal Systems, eleventh edition, USA: Cengage Learning, p 6.

507. Substantive public law.

508. Cannie Scuderi (2007). Introduction to Law and Paralegal Studies, (____), p 2; and Frank August Schubert (2008). Introduction to Law and the Legal Systems, eleventh edition, USA: Cengage Learning, p 24.

به عبارت وسیع تر: حقوق ماهوی در برگیرنده حقوق و وجایب تابعین حقوق (Legal subjects) و همچنین مبنای نهادهای حقوقی مانند قرارداد، اداره عامه و امثال اینها است.^{۵۰۹} به عنوان مثال، حقوق و آزادی های اساسی و عمومی افراد، تکلیف افراد مبنی بر پرداخت مالیات و حق دولت مبنی بر اخذ مالیات، امتناع ورزیدن افراد از ارتکاب جرایم، ارائه خدمات توسط دولت به اتباع، ایجاد ادارات توسط دولت و امثال اینها همه موضوعاتی اند که شامل حقوق عامه ماهوی می شوند.

تاریخ حقوق عمومی نشان می دهد که براساس نظریه حاکمیت مردم این هدف از طریق ایجاد قوه مؤسس و تدوین و تصویب قانون اساسی متحقق شده است؛ به این توضیح که قوه مؤسس که برآمده از مردم است برای تنظیم قدرت دولت و تضمین حقوق و آزادی های اساسی اتباع قانون اساسی را وضع و تصویب نموده است.

قانون اساسی این دو هدف را متحقق می نماید؛ یعنی: از یکطرف تشکیلات قوای ثلاثه و حدود اختیارات مقامات سیاسی، قانونگذاری و قضایی، انتخابات، تفکیک قوا، تعیین نوع رژیم سیاسی، شکل دولت و غیره را معین می نماید و از طریق دیگر حقوق و آزادی های اساسی اتباع را بیان می نماید. به این ترتیب، اولین و مهم ترین رشته حقوق عامه که حقوق اساسی است و در آن تشکیلات قوای عمومی و حقوق و آزادی های اساسی اتباع مورد بحث قرار می گیرد، ایجاد می شود.

در حقوق اساسی تشکیلات اساسی دولت که شامل قوه مقننه، مجریه و قضائیه می شود و وظایف سیاسی و قضایی مقاماتی که در هر یک از این ادارات قرار دارند، مورد بحث قرار می گیرد. تشکیلات اداری قوه مجریه و وظایف اداری مقاماتی که در قوه مجریه ایفای وظیفه می نمایند در حقوق اداری مورد بحث قرار می گیرد.

از همین رو، در گذشته حقوق اداری را شاخه از حقوق اساسی تلقی می نمودند. دولت برای اجرای وظایف ضرورت به پول دارد. قسمتی از این پول از طریق اخذ مالیات، عوارض گمرکی و محصول از اتباع تأمین می گردد. همه عواید و مصارف دولت باید از طریق بودجه جمع و به مصرف برسد. لذا، شاخه دیگر حقوق عامه که حقوق مالیه نامیده می شود، عرض وجود می نماید که در آن مالیات، عوارض گمرکی و بودجه مورد بحث قرار می گیرد.

دولت وظایف متعدد دارد. برخی از این وظایف عبارت اند از: تأمین نظم و امن عامه و از بین بردن فساد اداری و تعمیم احکام قوانین و فیصله های قطعی محاکم (ماده ۷۵ قانون اساسی) برای اجرای این وظایف، دولت مکلف است مظلونین را گرفتار، در مورد جرم تحقیق و علیه آنها اقامه دعوی و فیصله های محاکم را که بر مبنای قوانین صادر شده است، تطبیق نماید. تعیین جرم و جزا و توقیف مظلونین و متهمین

509 . Gerhard Robbers (2002). An Introduction to German Law. Translated into English by: Miceal Jewll, 5th edi (___), p 16.

باعث ایجاد شاخه‌ی دیگر حقوق که حقوق جزا نامیده می‌شود، شده است که در یک طرف آن فرد و طرف دیگر آن دولت قرار دارد. در آمریکا برای اولین بار حقوق تأمین اجتماعی با تصویب قانون تأمین اجتماعی^{۵۱۰} ایجاد شد.

در این قانون تمام کسانی که در اثر نابسامانی‌های اقتصادی و اجتماعی زندگی‌شان دچار بحران می‌شد، را در بر می‌گرفت و مسائلی از قبیل: عایله مندی، کمک به زنان بیوه، نابینایان، بیمه‌بازنشستگی و پیری، مستمری بازماندگان کارگران متوفی توجه شده بود. آلمان امروزه پیشرفته‌ترین نظام تأمین اجتماعی را دارد. سپس، حقوق تأمین اجتماعی در سایر کشورها ایجاد شد.

این شاخه‌ها در حقوق عامه‌ی ماهوی اکثر کشورها از جمله افغانستان با تفاوت‌های جزئی وجود دارد. از آنچه گفته شد، به این نتیجه می‌رسیم که: حقوق عامه‌ی ماهوی به حقوق اساسی، حقوق اساسی و آزادی‌های عمومی، حقوق اداری، حقوق مالیه، حقوق کار، حقوق تأمین اجتماعی، حقوق جزا، حقوق رسانه و امثال اینها تقسیم می‌شود. حقوق محیط زیست نیز از شاخه‌های جدید حقوق عامه است:

اول) حقوق اساسی

تقریباً همه‌ی اساسی‌دانان اتفاق نظر دارند که: حقوق اساسی مجموعه قواعد حقوقی است که تشکیلات عمومی دولت (قوای مقننه، مجریه و قضائیه) و روابط آنها با یکدیگر و حقوق و آزادی‌های اساسی اتباع را تنظیم می‌نماید. به حیث مثال، دکتر بیژن عباسی در تعریف حقوق اساسی می‌گوید که: حقوق اساسی رشته‌ای از حقوق عمومی داخلی است که به بررسی قواعد مربوط به تنظیم (سازماندهی) قدرت دولت و تضمین حقوق و آزادی‌های ملت می‌پردازد.^{۵۱۱}

همچنین، دکتر قاضی که متخصص علوم سیاسی و حقوق اساسی بود، پس از نقل و نقد نظریات متخصصین حقوق اساسی در تعریف و موضوع مورد بحث حقوق اساسی می‌نویسد که: «به گمان ما، موضوع حقوق اساسی، عبارت است از: بررسی و مطالعه‌ی پدیده‌های نهادی شده‌ی سیاسی، با شیوه‌های حقوقی؛ یعنی مطالعه‌ی صورت بندی حقوقی پدیده‌های نهادی شده‌ی سیاسی، موضوع حقوق اساسی را تشکیل می‌دهد و بر این مدار، سازمان عمومی دولت، رژیم سیاسی، ساخت حکومت، روابط قوا، حد و مرز نهادها، انتخابات، پارلمان، وزرا و حقوق و آزادی‌ها فردی مورد توجه و هدف بررسی حقوق اساسی است.^{۵۱۲}»

این تعاریف وسیع به نظر می‌رسد و براساس این تعاریف دو موضوع عمده مورد بحث حقوق اساسی را تشکیل می‌دهد. نخست تشکیلات و وظایف ارکان سه‌گانه دولت و دوم حقوق و آزادی‌های

510. Social security law.

۵۱۱. بیژن عباسی (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: جنگل، ص ۲۱.

۵۱۲. سید ابوالفضل قاضی شریعت پناهی (۱۳۸۳). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ یازدهم، تهران: نشر میزان، ص ۲۱.

اساسی اتباع، انتخابات، ساخت و نوع حکومت ها و نظیر اینها. با توجه به تخصصی شدن و جدا شدن حقوق و آزادی های عمومی از حقوق اساسی این تعاریف بنابر دلایل ذیل محل ایراد به نظر می رسد:

۱) اکثر اساسی دانانی که این تعاریف را برای حقوق اساسی ارایه کرده اند، خود در کتاب های حقوق اساسی خویش صرف در مورد تشکیلات و وظایف قوای عمومی بحث نموده، یا حقوق و آزادی های اساسی اتباع را اصلاً مورد بحث قرار نداده اند یا اشاره گذرا و حاشیه ای به حقوق و آزادی های اساسی اتباع داشته اند؛

۲) امروزه با توجه به وسعت ساحه حقوق و آزادی های اساسی، تخصصی شدن رشته های مختلف حقوق عمومی، حقوق و آزادی های عمومی کاملاً از حقوق اساسی جدا شده و به عنوان مضمون مستقلی زیر نام «حقوق و آزادی های عمومی» یا «حقوق بشر و آزادی های عمومی» و یا «حقوق بشر و آزادی های اساسی» در دانشکده (فاکولته) های حقوق (مثلاً: دانشگاه آزاد اسلامی - واحد کابل) تدریس می شود؛

۳) برخی نویسندگان حقوق اساسی، حقوق و آزادی های عمومی را از تشکیلات و وظایف قوای عمومی جدا نموده و به صورت مستقل کتاب های در این مورد به رشته تحریر در آورده اند، مانند: کتاب دکتر هاشمی در مورد حقوق بشر و آزادی های عمومی، کتاب دکتر مؤتمنی در مورد حقوق بشر و آزادی های عمومی، کتاب خانم مندانا کنست راسخ افشار در مورد رهنمود ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، جلد دوم: رویه مبتنی بر قانون اساسی و حقوق بشر و امثال اینها. در نتیجه، امروزه در حقوق اساسی صرف تشکیلات و وظایف قوای عمومی با ترکیز بیشتر بر قوه مجریه و مقننه مورد مطالعه قرار می گیرد.

حتی قوه قضائیه در برخی کتاب های حقوق اساسی مورد بحث قرار نگرفته و یا به صورت حاشیه ای مورد بحث قرار گرفته است. با توجه به آنچه گفته شد، به نظر می رسد می توان به عنوان نتیجه حقوق اساسی را چنین تعریف کرد: «حقوق اساسی مجموعه قواعدی حقوقی، اصول کلی و آراء نهاد های صیانت از قانون اساسی است که تشکیلات و وظایف قوای عمومی و روابط این قوا را با همدیگر تنظیم می نماید.»

منابع حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان عبارت اند از: قانون اساسی ۱۳۸۲ که حالا مورد قبول حکومت طالبان نیست، قوانین عادی، فرامین تقنینی، اصول وظایف داخلی ولسی و مشرانو جرگه، شریعت، اصول کلی حقوق مانند اصل تفکیک قواء اصل حاکمیت قانون و نظیر اینها، آرای ستره محکمه و مشوره های حقوقی کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی و نظریات دانشمندان حقوق اساسی. برخی نویسندگان حقوق اساسی عرف های حقوق اساسی را نیز یکی از منابع حقوق اساسی می دانند.

به حیث مثال، دکتر بیژن عباسی در این مورد می نویسد که: عرف های حقوق اساسی برخلاف عرف و عادات در حقوق خصوصی، رویه ای است مرسوم میان قوای عمومی، دولتمردان که به دلیل تکرار آن در طول زمان، آن را همانند حقوق شمرده و از آن پیروی کنند. لذا، عرف اساسی برگرفته از رفتار و عملکرد

حکومتگران است و قاعده ای است که به تدریج میان قوای عمومی به عنوان قاعده الزام آور مرسوم شده است. عرف اساسی، در حقوق اساسی مانند شاخه های دیگر حقوق هنگامی به وجود می آید که واجد دو شرط (ورکن) ذیل است:

۱- تکرار (رکن مادی): یک رویه باید در زمان نسبتاً طولانی تکرار گردد. به عبارت دیگر: برای شکل گیری یک عرف سیاسی تنها یک عمل کافی نیست واقع شود. زیرا، به قول معروف «با یک بار [انجام شدن عمل] عرف به وجود نمی آید» زیرا عمل به صورت مشابه باید تکرار شود تا آن را «پیشینه» بنامیم.

۲- احساس تکلیف یا اجماع میان نهادی های عمومی و غالب حقوقدانان (رکن معنوی): شرط دوم برای تحقق عرف اساسی این است که این عقیده به وجود آید که رویه معین یک قاعده حقوقی الزام آور است؛ به این توضیح که: زمامداران و مردم پیروی از آن را لازم و ضروری بدانند و معتقد به الزامی بودن آن باشند.^{۵۱۳}

باوجوداین، برخلاف سایر رشته های حقوق (خصوصی و بین الملل) اکثر اساسی دانان عرف اساسی را به عنوان یکی از منابع حقوق اساسی نمی شناسند به این دلیل که هیچ قانون اساسی برخلاف قوانین مدنی و تجارتي و معاهدات بین المللی عرف اساسی را منحیث یکی از منابع حقوق اساسی صریحاً به رسمیت نمی شناسد.

با توجه به آنچه گفته شد، میان اساسی دانان در مورد عرف اساسی و شروط تحقق آن، اختلاف نظر وجود دارد. اساسی دانان در مورد اعتبار رویه موافق با قانون اساسی یا عرف تکمیلی تقریباً متفق القول اند. اما، اکثر اساسی دانان، رویه های را که خلاف اصول و قواعد صریح قانون اساسی باشند، نمی پذیرند.^{۵۱۴} با توجه به آنچه تذکر یافت، پرسش این است که آیا در حقوق اساسی افغانستان، عرف سیاسی یکی از منابع حقوق اساسی افغانستان را تشکیل می دهد یا خیر؟

در پاسخ به این پرسش باید گفت که اولاً: نقش عرف های اساسی به جز در حقوق اساسی انگلستان در سایر نظام های حقوقی از جمله افغانستان کم رنگ به نظر می رسد، زیرا در این نظام ها به طور عموم و در نظام حقوقی افغانستان به طور خاص نمی توان عرف اساسی پیدا کرد؛ ثانیاً: امروزه اجرای اعمال عمومی توسط مقامات عمومی تابع اصل حاکمیت قانون است که این اصل یکی از اصول کلی مسلم حقوق در همه نظام های حقوقی است. در صورت مغایرت اعمال عمومی با این اصل، عمل باطل تلقی می شود.

لذا، این اصل مانع اجرای عرف های اساسی می شود؛ ثالثاً: امروزه ایجاد عرف های اساسی مخالف اصل عدم صلاحیت که یکی از اصول مسلم حقوق عامه است، می باشد. طبق این اصل، هیچ مقام

۵۱۳. همان، سید ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، ص ۷۵.

۵۱۴. همان، سید ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، صص ۴۳ و ۴۴.

عمومی نمی تواند عملی را انجام دهد مگر اینکه قانون این صلاحیت را به او اعطا نموده باشد. لذا، در صورت عدم تصریح قانون، مقامات عمومی نمی توانند عملی را به صورت مداوم انجام دهند.

دوم) حقوق و آزادی های عمومی و اساسی شهروندان

حقوق بشر و آزادی های اساسی در گذشته در حقوق اساسی مورد مطالعه قرار می گرفت. اما، امروزه با توجه به توسعه حقوق، حقوق بشر و آزادی های اساسی اتباع از حقوق اساسی جدا شده و در دانشکده های حقوق عامه (مثلاً دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی) به عنوان یک مضمون مستقل حقوق عامه تدریس می شود. بدون شک، حقوق و آزادی های عمومی یکی از شاخه های حقوق عامه است، زیرا یک طرف آن فرد قرار دارد و طرف دیگر آن دولت.

حقوق و آزادی های عمومی که به نام های حقوق اساسی اتباع (فصل دوم ق. ۱)، حقوق یا آزادی های فردی، حقوق اساسی فرد، حقوق عمومی شهروندان، حقوق بشر و شهروند یا آزادی های عمومی نیز نامیده می شود، یکی از شعب مهم حقوق عمومی است و موضوع آن بررسی حقوق و آزادی هایی است که از طرف دولت برای اتباع به رسمیت شناخته شده است.^{۵۱۵}

این حقوق را نباید با حقوق بشر یکی دانست. درست است که پیش بینی این حقوق توسط قوه مؤسس برای اتباع در قانون اساسی متأثر از اعلامیه ها، میثاق ها و معاهدات حقوق بشری است، اما میان حقوق اساسی اتباع و آزادی های عمومی و حقوق بشر تفاوت وجود دارد. حقوق اساسی اتباع مجموع حقوق و آزادی هایی است که قوه مؤسس برای اتباع در قانون اساسی پیش بینی نموده است و دولت اجرای این حقوق را طبق قوانین داخلی از جمله قانون اساسی برای اتباع خود تأمین و تضمین می کند و محتوای آن نیز ممکن است از یک کشور تا کشور دیگر متفاوت باشد، در حالی که حقوق بشر، حقوق و آزادی هایی است که در سطح بین الملل و جهانی مطرح است و به مثابه معیار های جهانی حقوق بشر محسوب می شود.

از همین رو، نیل به این حقوق را سازمان ملل متحد آرمان خود قرار داده و کوشش می کند دولت ها حقوق مزبور را به رسمیت بشناسد و اجرای آن را تضمین نمایند.^{۵۱۶} منابع حقوق و وجایب اساسی اتباع قرار ذیل اند:

۱) فصل دوم مواد ۲۲-۵۹ ق. ۱۳۸۲۱ که مورد تأیید حکومت طالبان نیست.

۲) برخی اصول کلی حقوق که تفصیل آنها در فصل اول کلی حقوق گذشت.

۳) برخی قوانین عادی ذیل:

۱- قانون مدنی (۱۳۵۵). ۳۵۳ جریده رسمی.

۵۱۵. منوچهر طباطبائی (۱۳۸۳). آزادی های عمومی و حقوق بشر، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ص ۱۷.

۵۱۶. همان، منوچهر طباطبائی، ص ۲۳.

- ۲- قانون انتخابات (۱۳۹۲). شماره ۱۱۱۲ جریده رسمی.
- ۳- قانون احزاب سیاسی (۱۳۸۳). ۸۱۲ جریده رسمی.
- ۴- قانون حق دسترسی به اطلاعات (۱۳۹۳). ۱۱۵۶ جریده رسمی.
- ۶- قانون اجراءات جزایی (۱۳۹۳). ۱۱۳۲ جریده رسمی.
- ۷- قانون رسانه های همگانی (۱۳۸۸). ۹۸۶ جریده رسمی.
- ۴) آراء و نظریات ستره محکمه و کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی.
- ۵) نظریات دانشمندان حقوق منحیث منع غیرالزام آور.

سوم) حقوق اداری

حقوق اداری را در افغانستان مجموعه قواعد حقوقی می دانند که رابطه کارکن را با اداره تنظیم می نماید. این تعریف، از این جهت که کارکن و رابطه کارکن با اداره یکی از مباحث حقوق اداری افغانستان است، صحیح است، اما حقوق اداری فراتر از این است. در حقوق اداری تشکیلات اداری قوه مجریه، حدود صلاحیت مقامات اداری که در قوه مجریه ایفای وظیفه می نمایند و روابط اداره با شهروندان (مثلاً از طریق قراردادهای اداری، تصمیمات اداری، مسؤولیت مدنی دولت و نظیر اینها) مورد بحث قرار می گیرد.

لذا، حقوق اداری مجموعه قواعدی است که احکام مربوط به تشکیلات قوه مجریه، حدود صلاحیت مقامات اداری، فعالیت و طرز اجراءات ادارات و رابطه این ادارات را با اتباع تنظیم می نماید. منابع حقوق اداری در نظام حقوق افغانستان عبارت اند از:

الف) قانون اساسی: اولین منبع ای حقوق اداری افغانستان قانون اساسی ۱۳۸۲ بود که اکنون مورد تأیید حکومت طالبان نیست. به عنوان مثال، ماده ۱ شکل اداره را تنظیم می نمود. ماده ۵۰ ق. ادولت را مکلف به ایجاد اداره سالم می نمود، ماده ۵۱ ناظر بر مسؤولیت مدنی دولت بود، فصل هشتم مواد ۱۳۶ - ۱۴۲ راجع به اداره بود. همچنین، طبق ماده ۵۳ ق. ادولت حقوق متقاعدین را تضمین می نمود. متقاعدین جمع متقاعد است. همچنین، ماده ۱۴۲ ق. اصلاحیت ایجاد ادارات را به دولت می داد. همچنین، ماده ۹۰ ق. اصلاحیت ایجاد واحد های اداری را به رئیس جمهور می داد.

ب) قوانین عادی: منبع دوم حقوق اداری افغانستان قوانین عادی است. قوانین عادی ای که منابع حقوق اداری در افغانستان را تشکیل دهد عبارت اند از:

۱) قانون کار که روابط عام مأمورین را با اداره تنظیم می نماید، مانند: رخصتی ها، ساعات کار، شرایط ایمنی و امثال اینها.

۲) قانون کارکنان خدمات ملکی و تعدیلات آن منتشره جریده رسمی شماره ۹۵۱ منتشره ۱۶ سرطان

- ۳) قانون خدمات ملکی منتشره جریده رسمی شماره ۸۶۱، سال ۱۳۸۴؛ و
- ۴) قانون تدارکات منتشره جریده رسمی شماره ۹۵۷ نافذه ۸ اسد سال ۱۳۸۷ هجری شمسی که قرارداد های مربوط به تهیه اجناس، خدمات و امور ساختمانی را تنظیم می نماید.
- ۵) قانون سرپرستی وزارت خانه ها منتشره جریده رسمی شماره ۱۰۵۱ مؤرخ ۲۱ جوزای سال ۱۳۹۰ هجری شمسی.
- ۶) قانون اجراء ادارات که اجراء ادارات، اعمال اداری و اصول حاکم بر اداره را تنظیم می نماید.
- ۷) قانون شهرداری ها.
- ۸) قانون پولیس.
- ۹) قانون کارکنان دیپلماتیک.
- ج) فرامین: فرامین رئیس جمهور منبع حقوق اداری است مانند فرمان ایجاد شورای عالی مصالحه، ریاست اجرائیه، کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی و نظیر اینها.
- مقررات: برخی مقررات که منبع حقوق اداری افغانستان را تشکیل می دهد عبارت اند از:
- ۱) مقررہ تنظیم بست های خدمات ملکی منتشره جریده رسمی شماره ۹۶۰ مؤرخ ۱۶ سنبله ۱۳۸۷؛
- ۲) مقررہ طرز سلوک مأمورین خدمات ملکی منتشره جریده رسمی ۹۰۰، سال ۱۳۸۵ هجری شمسی؛
- ۳) مقررہ امور ذاتی کارکنان خدمات ملکی منتشره جریده رسمی شماره ۹۹۲ مؤرخ ۲۸ اسد ۱۳۸۸ هجری شمسی؛
- ۴) مقررہ تنظیم حقوق تقاعد کارکنان خدمات ملکی منتشره جریده رسمی شماره ۹۹۲ مؤرخ ۲۸ اسد ۱۳۸۸ هجری شمسی؛
- ۵) مقررہ امتیاز کار اقلیمی و منطقوی ساحوی منتشره جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۴۲۰؛
- ۶) مقررہ استخدام اتباع خارجی در افغانستان؛
- ۷) مقررہ تنظیم امور کرایه، سفریه و جیب خرچ؛
- ۸) مقررہ بورس ها و تحصیلات در خارج؛
- ۹) مقررہ تنظیم امور اضافه کاری؛ و
- ۱۰) مقررہ کار بالمقطع.^{۵۱۷}
- د) طرز العمل ها: طرز العمل های ذیل منابع حقوق اداری افغانستان است:

۵۱۷. کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی، ۱۰ اسد، ۱۳۹۹ ش

- ۱- طرز العمل تنظیم رژیم کاری به منظور جلوگیری از شیوع بیماری کرونا (کووید ۱۹) در ادارات خدمات ملکی.
- ۲- ضمیمه شماره (۱) طرز العمل تنظیم رژیم کاری به منظور جلوگیری از شیوع بیماری کرونا (کووید ۱۱) در ادارات خدمات ملکی.
- ۳- تعدیل ضمیمه شماره (۱) طرز العمل تنظیم رژیم کاری به منظور جلوگیری از شیوع بیماری کرونا (کووید ۱۹) در ادارات خدمات ملکی.
- ۴- طرز العمل استخدام بست‌های ردیف «د».
- ۵- طرز العمل پذیرش و رسیدگی به امور مراجعین.
- ۶- طرز العمل استخدام اشخاص دارای معلولیت در ادارات خدمات ملکی.
- ۷- طرز العمل رسیده‌گی به شکایات آزار و اذیت زنان در محل کار.
- ۸- رهنمود مراسلات اداری.
- ۹- مجموعه طرز العمل های تعیینات خدمات ملکی.
- ۱۰- طرز العمل رسیده‌گی به شکایات کارکنان خدمات ملکی.
- ۱۱- طرز العمل اختصاصی ارزیابی اجراءات دفاتر ساحوی.
- ۱۲- طرز العمل تنظیم شرایط و طرز ارتقای قدم و بست معلمین، استادان، مدرسین مکاتب، مدارس و موسسات تربیه معلم، مکاتب تخنیکي - مسلکی و سواد حیاتی.
- ۱۳- طرز العمل تقرر شاروالان مراکز ولایات و شاروالان بست ۲ ولسوالی ها.
- ۱۴- رهنمود اختصاصی امتحان جمعی اتشه های وزارت تجارت و صنایع.
- ۱۵- طرز العمل تعیینات کارکنان خدمات ملکی.
- ۱۶- طرز العمل شیوه اطلاع رسانی.
- ۱۷- طرز العمل دسترسی به اطلاعات.^{۱۸} برخی نویسندگان^{۱۹} بر این نظر اند که: عرف و عادات یکی از منابع حقوق اداری افغانستان است. این نظر ناقص به نظر می رسد، زیرا:
 - (۱) این نظر مخالف برخی اصول حاکم بر اداره، مانند: اصل حاکمیت قانون، اصل عدم صلاحیت، اصل تشریفاتی بودن اعمال اداری و ... است که تفصیل آنها در فصل منابع حقوق افغانستان گذشت.
 - (۲) تجارب و مشاهدات نشان می دهد که در افغانستان عرف و عادات اداری به طور کلی در قوه مجریه و در بخش های اداری قوه مقننه و قضائیه وجود ندارد، زیرا همه امور بر مبنای قوانین، فرامین،

۵۱۸. کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی، ۱۰ اسد، ۱۳۹۹ ش

مقررات، لوایح، طرزالعمل‌ها و رهنمودها تنظیم می‌شود. در نظام اداری افغانستان حداقل از لحاظ نظری و مبنایی هر اداره تابع قوانین، مقررات و ... مربوطه‌اند.

ز) برخی اصول کلی حقوق نیز یکی از منابع حقوق اداری افغانستان را تشکیل می‌دهد، مانند: اصل سلسله مراتب، اصل تشریفاتی بودن اعمال اداری، اصل حاکمیت قانون، اصل نابرابری رابطه حقوقی طرفین، اصل عدم صلاحیت و ... که تفصیل آنها در فصل منابع حقوق افغانستان گذشت.

نباید تصور کرد که موضوعات مورد بحث حقوق اداری افغانستان صرف تشکیلات اداره و استخدام مأمورین و تنظیم رابطه مأمور با اداره است. امروزه موضوعات مورد بحث حقوق اداری از این فراتر رفته و موضوعات گوناگون مانند: اعمال عمومی، اشخاص اداری، مسؤلیت مدنی دولت، اصول فعالیت‌های اداره خوب، نظارت بر اعمال اداری، محاکم اداری و نظیر اینها موضوعات مورد بحث حقوق اداری افغانستان‌اند.

چهارم) حقوق مالیه

حقوق مالیه را نباید با حقوق مالی (=حق‌های مالی) یکی دانست. چنانچه تفصیل آن خواهد آمد، حق مالی امتیازی است که حقوق هر کشور، به منظور تأمین نیازهای مادی اشخاص به آنها می‌دهد. در این مفهوم حقوق مالی در مفهوم جمع حق استعمال می‌شود. اما، حقوق مالیه در مفهوم مجموعه قواعد، مجموعه قواعدی است که روابط مالیه دهندگان را با دولت تنظیم می‌نماید. منابع حقوق مالیه افغانستان عبارت‌اند از:

۱) قانون اساسی ۱۳۸۲ که اکنون مورد تأیید حکومت طالبان نیست. طبق ماده ۴۲ ق. ا: «هر افغان مکلف است مطابق به احکام قانون به دولت مالیه و محصول تأدیه کند. هیچ نوع مالیه و محصول، بدون حکم قانون، وضع نمی‌شود. اندازه مالیه و محصول و طرز تأدیه آن، با رعایت عدالت اجتماعی، توسط قانون تعیین می‌گردد. این حکم در مورد اشخاص و مؤسسات خارجی نیز تطبیق می‌شود. هر نوع مالیه، محصول و عواید تأدیه شده، به حساب واحد دولتی تحویل داده می‌شود.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱) هر تبعه افغانستان مکلف است به دولت مالیه و محصول بدهد. ماده ۱ فقره دوم قانون مالیات بر عایدات در تعریف مالیه می‌گوید که: «(۲) مالیه، تأدیه الزامی است که به منظور تقویة بنیه مالی دولت و رفاه عامه بدون انجام خدمت متقابل یا ارایه جنس از اشخاص حقیقی و حکمی طبق احکام این قانون اخذ می‌گردد.»

طبق این تعریف مالیه عبارت از مبلغی است که به موجب قانون جهت تأمین مخارج عمومی به طور بلاعوض به وسیله اشخاص حقیقی و حقوقی پرداخت می‌شود. پرداخت مالیه تحمیلی است. به این توضیح که: دولت مالیات را از دارایی و درآمد اشخاص حقیقی و حقوقی برداشت می‌کند بدون اینکه تعهدی نسبت به پرداخت‌کننده به عهده بگیرد.^{۵۲۰}

پرداخت مالیات برای دولت برای اولین بار در انگلستان صورت گرفت و از آنجا در سایر ممالک اروپایی مروج شد و از ممالک اروپایی وارد ممالک اسلامی شد. در حقوق اسلامی به عوض مالیه زکات، عشر و ... وجود دارد. امروزه در بسیاری از ممالک اسلامی از جمله افغانستان مسلمانان هم مکلف به پرداخت مالیات سنگین و هم مکلف به پرداخت زکات اند. مالیات که پدیده ای اروپایی است آفتی است که مسلمانان دچار آن شده اند.

برای مسلمانان بسیار مشکل به نظر می رسد تا از یکطرف به دولت مالیه بپردازند و از طرف دیگر زکات بدهند. زیرا، از یکطرف در بسیاری ممالک اسلامی از جمله افغانستان فقر حاکم است و از طرف دیگر عاید افغان ها به اندازه ای نیست که بتوانند هر دو مالیه و زکات بپردازند مخصوصاً زمانی که دولت افغانستان در برابر مالیات هیچ نوع خدمات عامه برای اتباع ارایه نمی نماید و همه پول مالیات مردم به دلیل فساد اداری حیف و میل می شود. برای حل این معضل قابل توصیه به نظر می رسد تا فقهاء راه حلی پیدا نمایند. به حیث مثال، فتوای صادر نمایند تا مالیه ای که مسلمانان می پردازند به گونه ای زکات محاسبه شود تا مسلمانان از یکطرف از پرداخت دو نوع پول و مال (مالیه و زکات) رهایی یابند و از طرف دیگر وجیبه شرعی آنها انجام یابد. محصول عبارت از مبلغی است که دولت آن را در برابر خدمات اخذ می نماید، مانند: محصول وثایق که در محاکم اخذ می گردد. قانونگذار اساسی اندازه مالیه و محصول و طرز پرداخت آن را به قوانین عادی واگذار نموده است.

۲) اشخاص و مؤسسات خارجی مکلف به دادن مالیه به دولت اند. به نظر می رسد منظور از اشخاص اعم است از اشخاص حقیقی و حکمی خارجی.

۳) بند سوم ماده ۴۱ که تصریح می نماید «هر نوع مالیه، محصول و عواید تأدیه شده، به حساب واحد دولتی تحویل داده می شود» مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد نص این ماده ناظر بر اصل وحدت بودجه است. طبق این اصل همه عواید دولت باید در حساب دولت جمع شود.

- ۱) قوانین عادی: مهم ترین قوانین که منابع حقوق مالیه افغانستان را تشکیل می دهد عبارت اند از:
 - ۱- قانون مالیات بر عایدات منتشره جریده رسمی ۹۷۴ نافذۀ سال ۱۳۸۷/۱۰/۲۵ هجری شمسی.
 - ۲- قانون گمرکات منتشره جریده رسمی شماره ۸۴۷ نافذۀ ۱۳۸۴/۱/۱۰ هجری شمسی.
 - ۳- قانون اداره امور مالی و مصارف عامه منتشره جریده رسمی شماره ۸۵۶ مؤرخ ۱۳۸۴/۴/۶ هجری شمسی.

موضوعات اصلی مورد بحث حقوق مالیه، مالیه، عوارض گمرکی و محصول است. اما، چون دولت از افراد جهت اجرای مصارف عمومی، ارایه خدمات و ... مالیه می گیرد و همه مصارف دولت از طریق تنظیم، تصویب و نظارت بر بودجه صورت می گیرد، بودجه نیز در حقوق مالیه مورد بحث قرار می گیرد.

پنجم) حقوق کار

در مورد حقوق کار که آیا شاخه حقوق عمومی است یا خصوصی اختلاف نظر فراوان میان علمای حقوق وجود دارد. در حقوق فرانسه چنانچه گفته شد، حقوق کار جزء حقوق خصوصی است. در حقوق جمهوری اسلامی ایران در این مورد اختلاف وجود دارد: دکتر کاتوزیان حقوق کار را جزء حقوق عامه محسوب می نماید.^{۵۲۱} دکتر قدرت الله عراقی، یکی از متخصصین و استادان حقوق کار در جمهوری اسلامی ایران حقوق کار را جزء حقوق خصوصی محسوب می نماید.^{۵۲۲}

برخی دیگر از نویسندگان مانند منصور اباذری فومشی حقوق کار را حقوق تأمین اجتماعی می داند و در این مورد می نویسد که: برخی حقوق کار را یکی از رشته های حقوق عامه، برخی خصوصی، برخی دیگر مستقل از هر دو رشته می دانند که و ادعا می نمایند که حقوق کار گرفته شده از قواعد حقوق خصوصی و عمومی است و حقوق مختلط را به وجود آورده است؛ برخی نیز آن را حقوق شغلی می دانند و برخی نیز حقوق اجتماعی.^{۵۲۳}

پرسش این است حقوق کار در نظام حقوقی افغانستان مانند فرانسه جزء رشته های حقوق عامه و یا خصوصی تلقی می گردد؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که به نظر می رسد در نظام حقوقی افغانستان حقوق کار جزء حقوق عمومی محسوب می شود. زیرا

(۱) یکی از منابع خیلی عمده حقوق کار در نظام حقوقی افغانستان قانون کار است. قانون کار افغانستان نه تنها بالای کارگران و کارفرمایان در بخش خصوصی بلکه بالای مأمورین دولت که مطابق قانون خدمات ملکی کارکنان نامیده می شود نیز قابل تطبیق است. به عبارت دیگر: قانون کار افغانستان روابط عام (ماده ۵ فقره اول ق. ک)، مانند: رخصتی ها، ساعات کار، پرداخت مزد و ... کارکن که شامل کارگر، مأمور قراردادی، مأمورین رسمی دولت می شود را با ادارات دولتی تنظیم می نماید و در نتیجه حقوق کار را در زمره حقوق عامه قرار می دهد. قانون کار افغانستان که یکی از منابع مهم حقوق کار افغانستان را تشکیل می دهد هنوز هم متأثر از حقوق کار نظام های کمیونیستی است.

در نظام های کمیونیستی چون مالکیت خصوصی وجود ندارد، قانون کار بر مأمورین دولت تطبیق می شود، اما در نظام های سرمایه داری قانون کار صرف رابطه کارگر را با کارفرما در بخش خصوصی تنظیم می نماید و حقوق کار را جزء رشته های خصوصی قرار می دهد. قانون کار افغانستان نیز به رغم این که در سال ۱۳۸۸ تعدیل گردیده است، هنوز هم رنگ و بوی کمیونیستی می دهد و علاوه بر بخش خصوصی، بر

۵۲۱. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۹۷.

۵۲۲. کورش استوار سنگری (۱۳۹۰). حقوق تأمین اجتماعی، چاپ سوم، تهران: نشر میزان، صص ۵۵ و ۵۶.

۵۲۳. منصور اباذری فومشی (۱۳۸۷). حقوق کار و نحوه عملی رسیدگی به شکایات، دعوی و جرایم در قانون کار، چاپ دوم، تهران: انتشارات خرسندی، صص ۳۰ - ۳۱.

روابط عام کارکنان با اداره دولتی مانند: رخصتی ها، ساعات کار، قرارداد کار، تأمینات اجتماعی و ... قابل تطبیق است.

علاوه بر این، وزارت کار، امور اجتماعی، شهداء و معلولین عملاً بر تطبیق قانون کار بر کارکنان دولت علاوه بر بخش خصوصی نظارت می نماید. این دو امر، از یک طرف حقوق کار را در زمره حقوق عامه قرار می دهد و از طرف دیگر، ترسیم مرز میان حقوق اداری و حقوق کار در افغانستان را مشکل می نماید. (۲) قانون کار افغانستان رابطه کارکن را با اداره تنظیم می نماید. وفق ماده ۳ فقره ۱ ق. ک: «اداره عبارت وزارت ها، ادارات دولتی و غیر دولتی، کمیسیون های مستقل، تصدی ها، تشبثات خصوصی و مختلط و مؤسسات خارجی مقیم جمهوری اسلامی افغانستان که کارکن در آن مصروف کار تولیدی یا خدماتی می باشد.»

(۳) وزارت کار، امور اجتماعی، شهداء و معلولین علاوه بر بخش خصوصی عملاً بر تطبیق قانون کار بر مأمورین دولت نظارت می نماید. لذا، دخالت این وزارت جهت تطبیق قواعد حقوق کار، این رشته را در زمره حقوق عامه قرار می دهد.

(۴) امری و حمایتی بودن قواعد حقوق کار که طرفین قرارداد کار نمی توانند برخلاف این دو توافق نمایند، نیز حقوق کار را در زمره رشته های حقوق عامه قرار می دهد. در حقوق جمهوری اسلامی ایران برخی استادان حقوق کار را چنین تعریف می نمایند: «حقوق کار، مقررات حاکم بر روابط کارگر و کارفرما است به نحوی که انجام کار به وسیله کارگر همراه با تبعیت او از کار فرما می باشد.»^{۵۲۴}

چنانکه از تعریف حقوق کار معلوم می شود، حقوق کار شامل هر نوع کاری نیست، یکی از شرایط مهم حقوق کار، انجام کار برای دیگری است. کارهایی که خود اشتغالی نامیده می شود یا افرادی که برای خود کار می کنند، شامل قانون کار نمی شوند. این تعریف در حقوق ایران درست است، اما نمی توان این تعریف را در حقوق افغانستان در مورد حقوق کار پذیرفت، زیرا حقوق کار در نظام حقوقی افغانستان بر مأمورین دولت توسط ادارات دولت نیز تطبیق می شود. بنابراین، حقوق کار در نظام حقوقی افغانستان عبارت از مجموعه قواعد حقوقی است که رابطه کارکن را با ادارات دولتی و کارگر را در بخش خصوصی با کارفرما تنظیم می نماید. منابع حقوق کار افغانستان قرار ذیل اند:

(۱) قوانین: منبع اول حقوق کار افغانستان قوانین است:

۱- قانون اساسی ۱۳۸۲ که اکنون مورد تأیید حکومت طالبان نیست، مانند ماده ۴۸ و ۴۹ که کار را حق هر افغان تلقی می نمود و کار اجباری را منع می نمود.

۲- قانون کار منشره جریده رسمی شماره ۹۶۶ نافذه ۱۶ قوس ۱۳۸۷ هجری شمسی.

- ۲) مقررات: برخی مقررات که منابع حقوق کار افغانستان را تشکیل می دهد عبارت اند از:
- ۱- مقررہ اضافہ کاری کارکنان منتشرہ جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۳۲۰ هجری قمری.
 - ۲- مقررہ مسؤولیت مالی کارکنان منتشرہ جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۳۲۰ هجری قمری.
 - ۳- مقررہ شرایط کار شبانه منتشرہ جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۳۲۰ هجری قمری.
 - ۴- مقررہ شرایط کار کارکنان روز مزد منتشرہ جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۳۲۰ هجری قمری.
 - ۵- مقررہ جبران خسارت و ضرر صحی مرتبط به کار منتشرہ جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۳۲۰ هجری قمری.
 - ۶- مقررہ مراکز آموزش فنی و حرفوی منتشرہ جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۳۲۰ هجری قمری.
 - ۷- مقررہ توزیع البسہ کار و وسایل تحفظی منتشرہ جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۳۲۰ هجری قمری.
 - ۸- مقررہ معیار های عمدہ حفاظت کار و طرق ایمنی منتشرہ جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۳۲۰ هجری قمری.
 - ۹- مقررہ کار روز نامکمل، هفته نامکمل، حاصل کار و کار انجام شده منتشرہ جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۳۲۰ هجری قمری.
 - ۱۰- مقررہ تنظیم مراقبت کار منتشرہ جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۳۲۰ هجری قمری.
 - ۱۱- مقررہ حل اختلاف ناشی از کار منتشرہ جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۳۲۰ هجری قمری.
 - ۱۲- مقررہ مزد اضافی کارکنانی که در عین اداره با چند ماشین و یا در چند حرفه کار می نمایند منتشرہ جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۴۲۰ هجری قمری.
- ۳) مقاله نامه ها و توصیه نامه های سازمان بین المللی کار: سازمان بین المللی کار در سال ۱۹۱۹ م به موجب پیمان صلح ورسای به وجود آمد و اساسنامه آن در فصل سیزدهم قرارداد صلح ورسای گنجانیده شده است. این سازمان که دفتر آن در ژنو مستقر شده با آنکه از لحاظ حقوقی مستقل بود در عمل وابستگی تامی به جامعه ملل داشت. پس از آنکه جامعه ملل بر اثر وقوع جنگ جهانی دوم خاصیت وجودی خود را از دست داد، سازمان بین المللی کار همچنان پابرجا ماند تا اینکه در سال ۱۹۴۶ م قراردادی را با سازمان ملل امضاء کرد و جزء مؤسسات تخصصی سازمان ملل در آمد.
- از لحاظ حقوقی، این سازمان اتحادیه ای است که دولتها برای حفظ صلح و تعمیم عدالت اجتماعی به وجود آورده اند. خدمات بین المللی سازمان از این جهت در حفظ صلح مؤثر است که عدالت اجتماعی را تعمیم می دهد و شرایط نامساعد زندگی بشر را که پیوسته باعث ظلم، فقر، بدبختی و تهدید صلح جهانی بوده است از بین می برد و موجبات تامین صلح پایدار را میسر می گرداند. بنابراین، هدف سازمان بین المللی کار عبارت است از ایجاد عدالت اجتماعی و خدمت به مردان و زنانی که در نقاط مختلف جهان کار می کنند.

این سازمان حافظ حقوق اکثریت بزرگی از جامعه بشریت است و سعی می کند حقوق کارگران و حداقل زندگی مادی و معنوی آنها را تأمین نماید و مورد حمایت بین المللی قرار دهد تا ضمن فراهم آمدن موجبات توسعه اقتصادی اجتماعی کلیه مظاهر عقب ماندگی را از میان بر دارد و به آرزوی مشترک بشریت، یعنی عدالت اجتماعی نزدیک شود. سازمان بین المللی کار، دارای سه ارگان اساسی است که عبارتند از: (۱) کنفرانس بین المللی کار؛ (۲) هیأت مدیره؛ (۳) دفتر بین المللی کار. البته، علاوه بر این سه رکن چندین کمیسیون سازمان مذکور را در انجام وظایفش کمک می کنند.

افغانستان در سال ۱۹۳۴ عضو سازمان بین المللی کار شده است. بنابراین، توصیه نامه ها و مقاله نامه های این سازمان که مربوط حقوق کار می شود و توسط دولت افغانستان تصویب شده است یکی دیگر از منابع حقوق کار در افغانستان را تشکیل می دهد. موضوع مورد بحث حقوق کار عبارت اند از: مشمولین حقوق کار، قرارداد کار، اوقات کار، مزد کارگر و تکالیف کارگران است. مشمولین حقوق کار عبارت اند از: کارگر، کارفرما و کارگاه:

(۱) کارفرما: طبق ماده ۳ فقره ۷ ق. ک: «کارفرما: شخص حقیقی یا حکمی است که کارکن به موافقه یا منظوری وی به کار استخدام و مزد، معاش و سایر حقوق مربوط به کارکن توسط یا به منظوری او اجراء و پرداخته می شود.»

(۲) کارگر: طبق ماده ۳ فقره چهارم ق. ک: «کارگر کارکنی است که براساس قرارداد معین در اداره استخدام می شود.»

(۳) اداره: وفق ماده ۳ فقره ۱ ق. ک: «اداره عبارت وزارت ها، ادارات دولتی و غیردولتی، کمیسیون های مستقل، تصدی ها، تشبثات خصوصی و مختلط و مؤسسات خارجی مقیم جمهوری اسلامی افغانستان که کارکن در آن مصروف کار تولیدی یا خدماتی می باشد.» استعمال «اداره» در قانون کار به عوض «کارگاه» یادگار دوره حاکمیت کمیونسیم افغانستان است. زیرا، در نظام کمیونسیم سرمایه گذاری خصوصی، کارگاه های خصوصی تولیدی، صنعتی و ... وجود ندارد.

بنابراین، استعمال اداره به عوض کارگاه محل انتقاد است. زیرا، این امر تفکیک میان حقوق اداری و حقوق کار را مشکل می نماید. زیرا، مأمور نیز در اداره کار می نماید و در نتیجه نمی توان میان حقوق کار و اداره تفکیک قایل شد. به هر حال، طبق این ماده اداره شامل مؤسسات عامه مانند: وزارت خانه ها، کمیسیون ها، تصدی ها، مؤسسات خارجی و تشبثات خصوصی مانند: شرکت ها و امثال آن می شود. علاوه بر مطالب یاد شده، قانون کار افغانستان حاوی احکام مفصل راجع به وقت کار، حق استراحت و رخصتی ها، مزد، آموزش مسلکی، مسؤولیت مالی کارکنان، تأمین شرایط ایمنی کار در اداره و کارگاه، کار نوجوانان و جوانان، کار زنان، تأمینات اجتماعی و ... است.

ششم) حقوق تأمین اجتماعی

یکی از رشته های جدید حقوق عامه حقوق تأمین اجتماعی است. تأمین اجتماعی در گذشته یکی از مباحث حقوق کار بوده است. به حیث مثال، فصل سیزدهم قانون کار افغانستان هنوز هم حاوی احکام معین راجع به تأمین اجتماعی است. به اعتبار دخالت عنصر دولت این رشته نیز در حقوق افغانستان شامل حقوق عامه می شود. زیرا، یکطرف این رابطه فرد و طرف دیگر آن دولت است. پیدایش نظام تأمین اجتماعی به مفهوم نوین و امروزی بعد از سال های بحران اقتصادی در امریکا (۱۹۲۹-۱۹۳۳) شروع و در اروپا از جنگ جهانی دوم به بعد مطرح و سازماندهی شده است. در امریکا برای اولین بار واژه تأمین اجتماعی با تصویب قانون تأمین اجتماعی^{۵۲۵} ابداع شد.

در این قانون تمام کسانی که در اثر نابسامانی های اقتصادی و اجتماعی زندگی شان دچار بحران می شد، را در بر می گرفت و مسائلی از قبیل: عایله مندی، کمک به زنان بیوه، نابینایان، بیمه بازنشستگی و پیری، مستمری بازمندگان کارگران متوفی توجه شده بود. آلمان که امروزه پیشرفته ترین نظام تأمین اجتماعی را دارد، اساس نظام تأمین اجتماعی آن سه قانون به شرح ذیل است: (۱) بیمه بیماری (۱۸۸۳؛ ۲) بیمه حوادث ناشی از کار (۱۸۸۴؛ ۳) بیمه از کار افتادگی و پیری ۱۸۸۹. اکثر کشورهای اروپایی از قوانین مذکور اقتباس نمودند.^{۵۲۶}

به این ترتیب، حقوق تأمین اجتماعی ایجاد شد. در اصطلاح حقوقی تأمین اجتماعی مجموعه کمک های و خدمات سازمان یافته ای است که دولت برای حمایت از اعضای خود به هنگام تنگناهای اقتصادی و اجتماعی مانند: بیماری، بیکاری، حوادث ناشی از کار، پیری، از کار افتادگی، مرگ سرپرست خانواده که فرد و خانواده اش را دچار بحران می کند پیش بینی و انجام می دهد.^{۵۲۷} اما، حقوق تأمین اجتماعی^{۵۲۸} مجموعه قواعد و مقررات حاکم بر اقداماتی است که جامعه به نحو سازمان یافته برای حمایت از اعضای خود به هنگام پریشانی ها و تنگناهای اقتصادی و اجتماعی انجام می دهند.^{۵۲۹} منابع حقوق تأمین اجتماعی در افغانستان عبارت اند از:

(۱) قوانین: قوانین ذیل منابع حقوق تأمین اجتماعی افغانستان را تشکیل می دهد:

اول) قانون اساسی ۱۳۸۲ که اکنون مورد تأیید امارت اسلامی طالبان نیست. در ق. ۱۳۸۲ احکام متعددی وجود داشت که می توانست منابع حقوق تأمین اجتماعی را تشکیل دهد، مانند: ماده ۵۲ ق. ادر مورد ارائه خدمات صحی به صورت رایگان برای اتباع و ماده ۵۳ در مورد تأمین حقوق معلولین، معیوبین، ورثه شهداء و امثال اینها. این ماده تصریح می نمود: «دولت به منظور تنظیم خدمات طبی و مساعدت

525. Social security law.

۵۲۶. کورش استوار سنگری (۱۳۹۰). حقوق تأمین اجتماعی، چاپ سوم، تهران: نشر میزان، صص ۹ و ۳۱-۳۲.

۵۲۷. همان، کورش استوار سنگری؛ صص ۹ و ۱۱.

528. Social security law.

۵۲۹. کورش استوار سنگری (۱۳۹۰). حقوق تأمین اجتماعی، چاپ سوم، تهران: نشر میزان، ص ۱۳.

مالی برای بازماندگان شهدا و مفقودین و برای بازتوانی معلولین و معیوبین و سهم گیری فعال آنان در جامعه، مطابق به احکام قانون، تدابیر لازم اتخاذ می نماید. دولت حقوق متقاعدین را تضمین نموده، برای کهنسالان، زنان بی سرپرست، معیوبین و معلولین و ایتم بی بضاعت مطابق به احکام قانون کمک لازم به عمل می آورد.».

دوم) قانون حقوق و امتیازات معلولین و معیوبین منتشره جریده رسمی ۱۰۳۷ نافذۀ ۱۵ / ۶ / ۱۳۷۹: این قانون احکام مربوط به حقوق و امتیازات معلولین، معیوبین و ورثه شهداء را تنظیم می نماید.

سوم) قانون آمادگی مبارزه با حوادث منتشره جریده رسمی شماره ۱۰۸۹ میزان ۱۳۹۱ هجری شمسی. ۲) مقاله نامه های سازمان بین المللی کار: مقاله نامه های سازمان بین المللی کار که مربوط به تأمین اجتماعی می شود، نیز یکی از منابع حقوق تأمین اجتماعی افغانستان را تشکیل می دهد. برخی مقاله نامه های که مربوط به تأمین اجتماعی می شوند عبارت اند از: مقاله نامه شماره ۱۰۲ در مورد حداقل معیار های تأمین اجتماعی، مقاله نامه ۱۱۸ راجع به حمایت اتباع و بیگانه، مقاله نامه ۱۲۱ راجع به مستمری حوادث ناشی از کار، مقاله نامه ۱۲۸ راجع به مستمری ناتوانای و سالمندی، مقاله نامه ۱۳۵ راجع به مراقبت های صحی، مقاله نامه ۱۵۱ راجع به حفظ حقوق مکسبه، مقاله نامه ۱۰۶۸ راجع به ترویج اشتغال و حمایت در برابر بیکاری و مقاله نامه ۱۸۳ راجع به حمایت بارداری.^{۵۳۰}

موضوعات مورد بحث حقوق تأمین اجتماعی متعدد است و از مملکتی تا مملکتی دیگر بدر نظر داشت توسعه و رشد آن فرق می نماید. به طور عموم موضوعات تأمین اجتماعی قرار ذیل اند: (۱) بیکاری؛ (۲) پیری و از کار افتادگی؛ (۳) در راه ماندگی، بی سرپرستی و آسیب های اجتماعی؛ (۴) ناتوانی های جسمی، ذهنی و روحی؛ (۵) مراقبت های صحی؛ (۶) مراقبت های دوران حاملگی و ولادت؛ (۷) حمایت های بیکاری؛ (۸) حوادث ناشی از کار؛ (۹) عایله مندی؛ و (۱۰) کمک با بازماندگان متوفی.

هفتم) حقوق محیط زیست

حقوق محیط زیست، مجموعه قواعد و مقرراتی است که محیط زیست را که توسط فعالیت های انسان ها در معرض خطر، تغییر و تخریب قرار دارد حمایت می نماید. به عبارت دیگر: حقوق محیط زیست مجموعه ای قواعد حاکم بر حفظ محیط زیست و روابط انسان با محیط زیست است. برخی منابع حقوق محیط زیست در حقوق افغانستان عبارت اند از ماده ۱۵ ق. ا، قانون محیط زیست، قانون شکار و ابقای حیات وحش منتشره جریده رسمی شماره ۷۹۵ مؤرخ یکشنبه ۱۴۲۱ ه. ق. که احکام مربوط به شکار را تنظیم می نماید. قانون تنظیم امور جنگلات منتشره جریده رسمی شماره ۱۰۸۷، ۱۳۹۱ ه. ش.

۵۳۰. جهت مطالعه مفصل در مورد سازمان بین المللی کار و مقاله نامه ها و توصیه نامه های این سازمان ر. ک: دفتر مطالعات سیاسی و بین المللی، سازمان بین المللی کار؛ و کورش استوار سنگری (۱۳۹۰). حقوق تأمین اجتماعی، چاپ سوم، تهران: نشر میزان، صص ۴۷-۵۰.

که احکام مربوط به جنکلات را تنظیم می نماید و قانون علفچر منتشره جریده رسمی شماره ۷۹۵ مؤرخ ۱۲ شوال المکرم ۱۴۲۱ ه. ق. که احکام مربوط به زمین های مرعی یا علفچر را تنظیم می نماید.

هشتم) حقوق جزا

در حقوق افغانستان حقوق جزاء را با اعتبار عنصر دخالت دولت می توان یکی از شاخه های حقوق عامه پنداشت. زیرا، هرگاه فرد مرتکب جرمی شود، جرم با آنکه خطرات مالی و جانی را متوجه مجنی علیه می نماید، نظم اجتماع را نیز بر هم می زند. بنابراین، مدعی العموم (دادستان/ خارنوال) به نمایندگی از دولت علیه متهم اقامه دعوی می نماید و یک طرف این دعوی فرد و طرف دیگر مدعی العموم به نمایندگی از دولت است. حقوق جزاء به حقوق جزای عمومی و حقوق جزای اختصاصی تقسیم می شود:^{۵۳۱}

اولاً) حقوق جزای عمومی

حقوق جزای عمومی مجموعه قواعد و اصول حقوقی است که جرایم و مجازات ها به صورت کلی مورد مطالعه قرار می دهد. منابع حقوق جزای عمومی عبارت اند از کد جزا و فقه اسلامی است. رویه قضایی نیز یکی دیگر از منابع حقوق جزای عمومی افغانستان است. برخی اصول کلی حقوق، مانند: اصل قانونیت جرایم و مجازات ها، اصل برائت و نظیر اینها نیز یکی دیگر از منابع حقوق جزای عمومی اند. اما، به نظر می رسد عرف و عادات در حقوق جزا هیچ نقشی ندارد، زیرا عرف و عادات خلاف اصل قانونیت جرایم و مجازات ها است. دکترین نیز یکی از منابع غیر الزام آور حقوق جزای عمومی است. موضوعات مورد بحث حقوق جزای عمومی جرم، تصنیف جرایم، جزاها، عناصر متشکله جرم (قانونی، معنوی و مادی) است.^{۵۳۲}

ثانیاً) حقوق جزای اختصاصی

۵۳۱. حقوق جزای ماهوی و شکلی خود شاخه اصلی «علوم جنایی حقوقی» می باشند (شاخه تکمیلی علوم جنایی حقوقی شامل حقوق جزای اختصاصی، حقوق جزای بین المللی، حقوق جزای منطقه ای، تاریخ حقوق جزا و حقوق جزای مقایسوی می شود). شاخه دیگر علوم جنایی «علوم جنایی تجربی» است. این شاخه علمی را در بر می گیرد که محتوای حقوقی هنجاری نداشته و تجربی هستند: علوم جرم یابی (پلیس علمی، طب عدلی، ...)، علوم جرم شناسی نظری (زیست شناسی جنایی، جامعه شناسی جنایی و روان شناسی جنایی)، علوم جرم شناسی کاربردی (جرم شناسی بالینی، جرم شناسی جلوگیری، جرم شناسی انتقادی) و مجنی علیه شناسی از شاخه های تجربی و غیر حقوقی علوم جنایی به شمار می روند.

علوم جنایی علاوه بر علوم جنایی حقوقی و تجربی شامل رشته های فلسفه جزا و سیاست جنایی نیز می شود (نک: محمد صدر توحید خانه (۱۳۸۹). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق جزای عمومی افغانستان، چاپ دوم، کابل افغانستان: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک، ص ۱۷) چون این علوم غیر هنجاری اند به نظر می رسد نمی توان این علوم را در زمره تقسیمات حقوق آورد.

۵۳۲. جهت مطالعه مفصل در مورد حقوق جزای عمومی در افغانستان ر. ک: محمد صدر توحید خانه (۱۳۸۹). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق جزای عمومی افغانستان، چاپ دوم، کابل افغانستان: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک.

حقوق جزای اختصاصی مجموعه قواعد حقوقی است که هر جرم را به طور جداگانه مورد مطالعه قرار داده، ارکان، شرایط تحقق و مجازات آن را پیش بینی می نماید. منابع حقوق جزای اختصاصی عبارت اند از:

(۱) قوانین: برخی قوانینی که منابع حقوق جزای اختصاصی در افغانستان را تشکیل می دهد عبارت اند از:

- کد جزا.

- قانون منع خشونت علیه زن منتشره جریده رسمی شماره ۹۸۹ مؤرخ ۱۰/۵/۱۳۸۸.

(۲) فقه اسلامی: فقه اسلامی (بخش عقوبات) یکی دیگر از منابع مهم حقوق جزای اختصاصی در افغانستان را تشکیل می دهد. حقوق جزای اختصاصی تعریف، ارکان، شرایط تحقق و مجازات هر جرم را به صورت جداگانه مورد بحث قرار می دهد، مانند: سرقت، قتل و امثال اینها است.

نهم) حقوق رسانه

به نظر می رسد حقوق رسانه یکی از شاخه های جدید حقوق عامه است که منشعب از شاخه حقوق و وجایب اساسی اتباع است، زیرا در گذشته حقوق رسانه را یکی از حق های اساسی اتباع تلقی می کردند. اما، با ایجاد و رشد رسانه ها، امروزه حقوق رسانه به یکی از شاخه های مستقل حقوق عامه تبدیل شده است. حقوق رسانه مجموعه قواعد حقوقی است که رفتار رسانه ها و ژورنالستان را در امور خبرنگاری و رسانه ای تنظیم می نماید. به عبارت دیگر: حقوق رسانه مجموعه قواعد حقوقی است که حقوق، آزادی ها و تکالیف خبرنگاران و رسانه را در عرصه خبرنگاری و رسانه ای تنظیم می نماید.

دهم) حقوق بانکداری

حقوق بانکداری مجموعه قواعد حاکم بر بانک ها اعم از دولتی و خصوصی است. منابع مهم حقوق بانکداری قانون اساسی ۱۳۸۲ و قانون بانکداری است.

۲) حقوق عامه شکلی

حقوق عامه شکلی^{۵۳۳} مجموعه قواعد حقوقی است که به منظور تطبیق و تنفیذ حقوق ماهوی عامه و خصوصی به کار می رود.^{۵۳۴} به عبارت دیگر: حقوق شکلی قواعدی است که بیان می نماید چگونه حق ها تنفیذ و اجرا می شوند.^{۵۳۵} حقوق عامه شکلی در واقع قواعد «اصول محاکمات» را تشکیل می دهد که

533 . Public procedural law.

534 . Cannie Scuderi (2007). Introduction to Law and Paralegal Studies, (____), p 2.

535 . Gerhard Robbers (2002). An Introduction to German Law. Translated into English by: Miceal Jewll, 5th edi (____), p 16.

در حقوق جمهوری اسلامی ایران آن را «آیین دادرسی» می‌گویند. چنانچه گفته شد، اصول جمع اصل است که در لغت به معنی قاعده، ریشه، بنیاد و ... است.

محاکمات جمع محاکمه است. محاکمات اسم جمع مؤنث سالم است. محاکمه در لغت به معنی قضاوت و دادرسی است.^{۵۳۶} پس، اصول محاکمات مجموع قواعدی است که نهادهای قضایی باید مطابق آن دعاوی را حل و فصل نمایند. اصول محاکمات را نیز به اعتبار «دخیل بودن دستگاه‌های شبه قضایی و قضایی دولت» می‌توان جزء حقوق عامه شمرد، زیرا اصول محاکمات توسط نهادهای شبه قضایی و قضایی دولت در اثر اقامه دعوی فرد علیه فرد و یا فرد علیه دولت، رعایت می‌شود و در نتیجه یک طرف آن فرد و طرف دیگر آن دستگاه دولتی است. هدف از اصول محاکمات حل و فصل دعوی است.

تأریخ حقوق حاکی از آن است که در صورتی که حق نقض می‌شده است یا افراد تکالیف حقوقی خویش را در برابر دیگران انجام نمی‌داده اند یا شخص مرتکب جرم می‌شده است، مجنی علیه خود به انتقام جویی می‌پرداخته است که مؤرخین حقوق جزا این مرحله را به نام مرحله انتقام خصوصی یاد می‌کنند. سپس، قبیله و قوم به نمایندگی از مجنی علیه برای حمایت از مجنی علیه به انتقام جویی می‌پرداخته است. با به وجود آمدن دولت‌ها مجنی علیه و زیان دیده به دولت مراجعه می‌کرده اند. در نتیجه مراجعه افراد به دولت مرحله سوم که حل و فصل دعاوی توسط دولت است به وجود آمده است. وظیفه حل و فصل دعوی براساس اصل تفکیک قواء به قواء قضائیه واگذار شده است.

در گذشته دعوی را با توجه به مدعی بها و طرفین دعوی به سه نوع تقسیم می‌کردند: دعوی مدنی که راجع به مسایل مدنی، مانند جبران خسارت، اعاده حالت اولی، خلع، ارث، طلاق، اموال و ملکیت، عقود و تعهدات، میان اشخاص حقوقی خصوصی (فرد علیه فرد) صورت می‌گرفته است. دعوی تجارتي که راجع به مسایل و موضوعات تجارتي، مانند: تفسیر عقود تجارتي و شرکت‌های تجارتي میان اشخاص حقوقی خصوصی (فرد علیه فرد) صورت می‌گرفته است.

دعوی جزایی که راجع به مسایل جزایی میان اجتماع و متهم و مظنون (خارنوال به نمایندگی از دولت و دولت به نمایندگی از اجتماع) صورت می‌پذیرفته است. این گونه تقسیم بندی دعوی، تقسیم سنتی و کلاسیک است. زیرا با رشد و توسعه نقش دولت دعاوی دیگری مانند دعوی اداری، مالیاتی، کار و اساسی به وجود آمده است. دعوی اداری راجع به ابطال تصامیم اداری و پرداخت جبران خسارت توسط دولت است. دعوی کار، راجع به مسایل کار میان کارگر و کارفرما (و اداره در افغانستان) است مانند: تفسیر قواعد کار، مزد و امثال اینها. دعوی مالیاتی که راجع به مسایل مالیاتی میان فرد و دستگاه مالیاتی صورت می‌پذیرد. دعوی اساسی که میان پارلمان و حکومت یا میان نهاد‌های مختلف حکومت راجع به تقسیم و توزیع قدرت صورت می‌پذیرد.

از آنچه گفته شد، به این نتیجه می‌رسیم که تقسیم دعوی به مدنی، تجارتی و جزایی امروزه محل ایراد به نظر می‌رسد و امروزه دعوی به هفت نوع تقسیم می‌شود: دعوی مدنی، تجارتی، جزایی، اداری، کار، مالیه و اساسی. در حقوق عامه شکیلی برای حل و فصل هر یک از این دعاوی، دستگاه‌های دولتی شبه قضایی و قضایی مانند: کمیسیون، بورد، شورا و محکمه وجود دارد. بنابراین، اصول محاکمات در نظام حقوقی افغانستان به هفت نوع تقسیم می‌شود: اصول محاکمات مدنی، جزایی، تجارتی، اداری، کار، مالیه و اساسی مطابق جدول ذیل:

حقوق ملی						
مراجع رسیدگی	نوع محاکمه	موضوع دعوی	طرفین دعوی	نوع دعوی	حقوق نقض شده	شماره
محاکم مدنی	اصول محاکمات مدنی	مسایل مدنی	فرد علیه فرد خصوص	مدنی	حقوق مدنی	حقوق خصوص ماهوی
محاکم تجارتی	اصول محاکمات تجارتی	مسایل تجارتی	تاجر علیه تاجر	تجارتی	حقوق تجارت	
محاکم جزایی	اصول محاکمات جزایی	نقض قواعد حقوق جزا	دولت (پولیس و خارنوال) علیه مظنون و متهم	جزایی	حقوق جزا	حقوق عامه ماهوی
محاکم مدنی و محاکم حقوق عامه	اصول محاکمات کار	مسایل حقوق کار	کارگر علیه کارفرما و یا برعکس	کار	حقوق کار	

محاکم حقوق عامه	اصول محاکمات اداری	مسایل اداری	شهروند/ مأمور علیه دولت و یا برعکس	اداری	حقوق اداری		
محاکم حقوق عامه	اصول محاکمات مالیه	مسایل مالیاتی	مالیه دهنده علیه دولت و یا برعکس	مالیه	حقوق مالیه		
شورای عالی ستره محکمه و کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی	اصول محاکمات اساسی	مسایل حقوق اساسی	یک ارکان دولت علیه ارکان دیگر و یا شهروند علیه دولت	اساسی	حقوق اساسی و حقوق و وجایب اساسی اتباع		

اول) اصول محاکمات مدنی

اصول محاکمات مدنی مجموع قواعد حقوقی است که اقامه دعوی مدنی، صدور حکم توسط محکمه ذیصلاح مدنی، استیناف خواهی، فرجام خواهی و تجدیدنظر بر فیصله های محاکم را تنظیم می نماید. منابع اصول محاکمات مدنی افغانستان عبارت اند از:

- ۱- قانون اساسی ۱۳۸۲ مخصوصاً فصل قضاء که اکنون مورد تأیید حکومت طالبان نیست؛
- ۲- قانون اصول محاکمات مدنی جمهوری اسلامی افغانستان، منتشره جریده رسمی شماره ۷۲۲ مؤرخ ۳۱ اسد ۱۳۶۹ هجری شمسی؛
- ۳- قانون مدنی افغانستان (جلد دوم، وسایل اثبات دعوی)؛
- ۴- قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۰۹ سال ۱۳۹۲ هجری شمسی؛
- ۴- فقه؛
- ۵- برخی اصول کلی، مانند: اصل بی طرفی قاضی، اصل علنی بودن جلسه محاکمه و امثال اینها؛
- ۶- رویه قضایی؛ و
- ۷- دکتربین به عنوان یکی از منابع غیر مستقیم و غیر الزام آور.

موضوع مورد بحث اصول محاکمات مدنی دعوی مدنی است. دعوی مدنی دعوی است که میان دو شخص راجع به مسایل خصوصی مانند: نامزدی، ازدواج، طلاق، نفقه، ارث و یا اموال واقع می شود.^{۵۳۷}

دوم) اصول محاکمات تجارتي

اصول محاکمات تجارتي، مجموعه قواعد حقوقی است که اقامه دعوی تجارتي، صدور حکم توسط محکمه ذیصلاح تجارتي، استیناف خواهی و فرجام خواهی توسط یکی را طرفین دعوی را تنظیم می نماید. منابع اصول محاکمات تجارتي در افغانستان عبارت اند از:

- ۱- قانون اساسی ۱۳۸۲ مخصوصاً فصل قضاء که اکنون مورد تأیید حکومت طالبان نیست.
- ۲- قانون اصول محاکمات تجارتي نافذ ۱۳۴۳ هجری شمسی. چنانچه ماده اول این قانون تصریح می نماید که: «رسیدگی به تمام اختلافاتی که از معاملات تجارتي نشأت می کند، وظیفه محاکم ثلاثه تجارتي بوده و تابع احکام این قانون می باشند.» همچنین، ماده ۳ قانون اصول محاکمات تجارتي در این باره حکم می نماید که: «محاکم تجارتي مکلف اند دعوی تجارتي را مطابق اصولنامه تجارت و این قانون رسیدگی نمایند.»

۳- قانون تشکیلات و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۰۹ سال ۱۳۹۲ هجری شمسی.

۲- رویه قضایی و متحدالمال های ستره محکمه.

۴- برخی اصول کلی مانند: اصل بی طرفی قاضی، اصل برابری طرفین دعوی در محکمه و امثال اینها.

۵- نظریات دانشمندان حقوق منحیث یک منبع غیرمستقیم و غیرالزام آور. موضوع مورد بحث اصول محاکمات تجارتي دعوی تجارتي و صدور حکم در مورد آن است.^{۵۳۸}

سوم) اصول محاکمات جزایی

اصول محاکمات جزائی عبارت است از مجموعه قواعد و اصول حقوقی که مراحل کشف جرم، تحقیق، تعقیب، محاکمه، تطبیق فیصله های محاکم و تضمین حقوقی متهمین و محکومین رادر پروسه اجرای عدالت جزائی را تنظیم می نماید.^{۵۳۹} منابع اصول محاکمات جزایی افغانستان عبارت اند از:

- ۱- قانون اساسی ۱۳۸۲ که اکنون مورد تأیید امارت اسلامی نیست مانند: مواد ۲۵، ۳۲، ۳۸، ۳۹، ۴۰ و ۱۳۴.

۵۳۷ . جهت مطالعه مفصل در مورد موضوعات مورد بحث اصول محاکمات مدنی افغانستان ر. ک: هاشم احمدی (۱۳۹۰).

اصول محاکمات مدنی، چاپ اول، کابل: انتشارات مقصودی، صص ۷۰-۸۱.

۵۳۸ . جهت مطالعه مفصل در مورد موضوعات مورد بحث اصول محاکمات تجارتي نک: شمس الرحمن شمس و همکاران

(۲۰۰۸). اصول محاکمات تجارتي، چاپ اول، کابل: پروژه عدلی و قضایی اداره انکشافی ایالات متحده امریکا، سپتمبر.

۵۳۹ . حسین غلامی (۱۳۹۱). مبانی حقوق و عدالت جزایی، کابل: جی آی زی، ص ۱۹۴.

- ۲- قانون اجراءات جزایی منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۳۲ مؤرخ ۱۵/۲/۱۳۹۳ هجری شمسی.
- ۳- قانون تشکیلات و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۰۹ سال ۱۳۹۲ هجری شمسی.
- ۴- قانون کشف و تحقیق جرایم و نظارت خانونالی بر قانونیت تطبیق آن با تعدیلات آن منتشره جریده رسمی شماره ۴۲۴ نافذه ۱۵/۵/۱۳۵۸ هجری شمسی.
- ۵- قانون پولیس منتشره جریده رسمی شماره ۸۶۲ نافذه ۱۳۸۴ هجری شمسی.
- ۶- قانون محابس و توقیف خانه ها منتشره جریده رسمی شماره ۸۵۲ نافذه سال ۳۸۴ هجری شمسی.
- ۷- رویه قضایی و متحدالمال های ستره محکمه.
- ۸- اصول کلی حقوق: برخی اصول کلی حقوق مانند اصل داشتن مترجم، اصل تفهیم اتهام و ... از منابع اصول محاکمات مدنی است.
- ۸- دکترین منحیث یک منبع غیرمستقیم و غیرالزام آور.
- موضوع مورد بحث اصول محاکمات جزایی اجراءات جزایی در مورد قضیه جزایی است.

چهارم) اصول محاکمات اداری

اصول محاکم اداری مجموعه قواعد حقوقی است که طرح دعوی اداری، رسیدگی به آن توسط مراجع شبه قضایی و محاکم و صدور حکم در مورد دعوی اداری توسط مراجع شبه قضایی و قضایی را تنظیم می نماید. منابع اصول محاکمات اداری در نظام حقوقی افغانستان عبارت اند از:

- ۱- قانون اساسی ۱۳۸۲ که مورد تأیید امارت اسلامی در حال حاضر نیست به خصوص ماده ۵۱ و فصل قضاء؛
- ۲- قانون اصول محاکمات مدنی، زیرا در مرحله قضایی، رسیدگی به دعاوی اداری از نظر شکلی تابع قانون اصول محاکمات مدنی است؛
- ۳- قانون تشکیلات و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۰۹ سال ۱۳۹۲ هجری شمسی؛
- ۴- قانون خدمات ملکی منتشره جریده رسمی ۸۶۱ نافذه سال ۱۳۸۴ هجری شمسی که وظایف و تشکیلات بورد رسیدگی به شکایات کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی را تنظیم می نماید.
- ۴- طرزالعمل بورد رسیدگی به شکایات کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی؛
- ۵- متحدالمال های ستره محکمه؛ و
- ۶- نظریات دانشمندان حقوق به حیث منبع غیرمستقیم و غیرالزام آور.

پنجم) اصول محاکمات کار

اصول محاکمات کار مجموعه قواعد حقوقی است که طرح دعوی ناشی از کار، رسیدگی به آن و صدور حکم توسط مراجع شبه قضایی و قضایی را تنظیم می نماید. منابع اصول محاکمات کار عبارت اند از:

- ۱- قانون کار افغانستان که حاوی احکام معین راجع به دعاوی کار در مرحله شبه قضایی است.
- ۲- قانون اصول محاکمات مدنی جمهوری اسلامی افغانستان، منتشره جریده رسمی شماره ۷۲۲ مؤرخ ۳۱ اسد ۱۳۶۹ هجری شمسی.
- ۳- قانون تشکیلات و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۰۹ سال ۱۳۹۲ هجری شمسی؛
- ۴- نظریات دانشمندان حقوق منحیث منبع غیرمستقیم و غیرالزام آور.

اختلافات کار به انواع ذیل تقسیم می شود:

۱) از نظر طرفین: از نظر طرفین اختلافات ناشی از کار را می توانیم به دو دسته تقسیم کنیم: دسته اول اختلافات فردی و آن زمانی است که میان یک کارگر و یک کارفرما اختلاف بروز نماید. دسته دوم اختلافات جمعی است و آن زمانی است که میان تشکل های کارگری و کارفرما یا کارفرمایان اختلاف بروز نماید.

۲) از نظر ریشه اختلاف: از نظر ریشه اختلاف، اختلافات ناشی از کار به دو دسته تقسیم می شود: ۱- اختلافات حقوقی مانند اختلاف بر سر تفسیر یا اجرای قواعد حقوقی حاکم بر قرارداد کار. ۲- اختلافات غیرحقوقی و آن اختلافی است که بر اوضاع و احوال و موضوعات اقتصادی، مانند: ازدیاد مزد و امثال این مربوط می شود.

جهت حل اختلافات کار دو روش وجود دارد: روش شبه قضایی و روش قضایی. در روش شبه قضایی بیشتر کوشش می شود میان دیدگاه های متفاوت ناشی از منافع متعارض سازش بر قرار شود. در روش قضایی سعی می شود دعاوی ناشی از کار توسط محاکم عمومی یا اختصاصی حل و فصل شود.

در حقوق افغانستان اختلافات ناشی از کار در دو مرحله حل و فصل می شود: مرحله شبه قضایی و مرحله قضایی. در این مورد ماده ۸۹ قانون کار تصریح می نماید که: «در صورتی که در تثبیت معیارها و قواعد کار بین اداره و کارکن اختلاف به میان آید، از طریق مراجع ذیل حل و فصل می شود:

الف) در وزارت ها، ادارات دولتی، تصدی ها و تشبثات خصوصی و مختلط که سهم دولت در آن بیشتر از (۵۰) فیصد باشد، توسط آمرین ذیصلاح به اشتراک وزارت کار و امور اجتماعی، شهداء و معلولین و نمایندگان اتحادیه کارگران بخش مربوط؛ و

ب) در سازمان های اجتماعی و کوپراتیفی و سکتور خصوصی و مختلطی که سهم دولت کمتر از (۵۰) فیصد باشد، به اشتراک طرفین تحت نظر وزارت کار و امور اجتماعی، شهداء و معلولین و نمایندگان اتحادیه های کارگران و کارفرمایان بخش مربوط.».

همچنین، ماده ۱۳۱ فقره اول قانون کار در این مورد حکم می نماید که: «(۱) اختلافات ناشی از کار میان اداره و کارکن یا کار آموز بر اساس احکام این قانون و مقرره های مربوط و قرارداد های کار، از طریق تفاهم مستقیم میان اداره و کارکن یا کار آموز رفع شده می تواند؛ و (۲) هرگاه اختلاف ناشی از کار توسط اداره و کارکن یا کار آموز رفع شده نتواند، موضوع در مرحله اول از طریق کمیسیون حل اختلافات اداره به شمول نماینده اتحادیه کارگری بخش مربوط، در مرحله دوم از طریق کمیسیون عالی حل اختلافات کار، به شمول نماینده اتحادیه کارگران و کارفرمایان بخش مربوط مرفوع و در غیر آن از طرف محکمه ذیصلاح حل و فصل می شود.»

از نصوص این مواد به خوبی استنباط می گردد که قانون کار افغانستان برای حل و فصل دعاوی ناشی از کار طریقه شبه قضایی و طریقه قضایی را پیش بینی نموده است:

۱) طریقه و مراجع شبه قضایی: طریقه شبه قضایی نیز حاوی سه مرحله فرعی است:

۱- صلح میان کارگر و کارفرما: در این مرحله کارگر و کارفرما می توانند از طریق صلح دعوی را حل و فصل نمایند. در صورتی که طرفین دعوی قادر بر حل و فصل دعوی در این مرحله نشوند، چاره ای جز مراجعه به کمیته حل اختلاف اداره نیست.

۲- حل و فصل دعوی توسط کمیته حل اختلاف اداره: ایجاد این کمیته، چنانچه تذکر یافت، در ماده ۱۳۱ فقره دوم قانون کار پیش بینی شده است. احکام تفصیلی این کمیته را طرز العمل ایجاد کمیته و طرز رسیدگی به حل اختلافات ناشی از کار در وزارت ها و ادارات مستقل نافذ مؤرخ ۱۳۸۸ / ۱۷ / ۱ تنظیم نموده است. ماده ۳ این طرز العمل در مورد ترکیب کمیته می گوید که: «۱- ترکیب کمیته حل اختلافات در وزارت ها و ادارات مستقل دولتی و ولایات متناسب به کمیته کارکنان بین (۳-۵) نفر در نظر گرفته می شود؛ ۲- رئیس منابع بشری وزارت یا اداره مستقل و یا آمر ارتباط مأمورین اداره مربوط به حیث رئیس؛ ۳- نماینده با صلاحیت از شورای زنان و یا مسؤول نظارت از پالیسی جنسیت در منابع بشری وزارت یا اداره مستقل مربوط به حیث منشی دایمی کمیته؛ ۴- انتخاب سایر اعضاء به پیشنهاد ریاست منابع بشری و منظوری مقام ذیصلاح مربوط براساس معیارها و مواصفات مندرج این طرز العمل صورت گیرد؛ و ۵- آمر ذیصلاح اداره قبل از منظوری کمیته از صحت بودن اوصاف و توانمندی های رئیس، اعضاء و منشی کمیته در رابطه به حل اختلافات و داشتن قضاوت بیطرفانه مطابق احکام قانون مسؤول بوده در صورت داشتن مؤثریت، کار کمیته برای یکسال دیگر تمدید می شود.»

در مورد صلاحیت های این کمیته ماده ۶ طرز العمل تصریح می نماید که: «صلاحیت های کمیته حل اختلاف عبارت اند از:

- مطالبه اسناد و شهود غرض رسیدگی به اختلافات، دلایل و مدارک مورد نیاز از شاکی و یا مراجع ذیربط در صورت ضرورت؛

- تأیید، رد و یا محول ساختن نتایج اجراءات به هدایت مقامات ذیصلاح اداره مربوط به مورد رسیدگی به شکایات خدمات ملکی یا محکمه ذیصلاح طبق احکام قانون؛

- ترتیب و پیشنهاد نهایی در مورد اعاده حقوق شاکی و ارایه آن به مقام وزارت یا اداره مستقل دولتی بخاطر اخذ منظوری؛

- آمریت ارتباط مأمورین و انکشاف پالیسی های منابع بشری خدمات ملکی کمیسیون مستقل اصلاحات اداری در سطح خدمت مشوره های تخنیکی و نظارت این طرزالعمل را به عهده دارد. این کمیته عملاً وجود دایمی ندارند و برحسب ضرورت ایجاد می شوند.

۳- کمیسیون عالی حل اختلافات کار: این کمیسیون در قانون کار پیش بینی شده است. ماده ۱۴۵ قانون کار در مورد ایجاد و تشکیل این کمیسیون تصریح می نماید که: «(۱) شورای عالی کار عالی ترین مرجع تصمیم گیری در مسایل مربوط به کار می باشد که در وزارت کار و امور اجتماعی، شهادت و معلولین ایجاد می گردد؛ و (۲) تشکیل، وظایف و صلاحیت های شورای عالی کار توسط سند تقنینی مربوط تنظیم می گردد.»

(۲) **طریقه و مرجع ای قضایی:** طریقه دوم طبق قانون کار، طریقه و مرجع ای قضایی است. در صورت عدم قادر گردیدن کمیسیون عالی حل اختلافات کار و یا عدم قناعت کارگر، کارگر می تواند به محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید. پرسش این است که منظور از محکمه ذیصلاح در ماده ۱۳۱ فقرة دوم قانون کار کدام محکمه یا محاکم است؟

در پاسخ به این سؤال باید گفت که: به نظر می رسد محکمه ذیصلاح با توجه به اینکه دعوی میان کارگر و اداره سکتور خصوصی یا کارگر و یا اداره دولتی به وقوع پیوسته باشد، متفاوت است. بنابراین، اگر دعوی میان کارگر و اداره خصوصی بروز نماید، محکمه ذیصلاح محاکم مدنی است، زیرا چنین دعوی، دعوی مدنی است که میان دو شخص: یکی شخص حقیقی که همان کارگر است و دیگری شخص حقوقی که همان اداره، یا فابریکه، یا رسانه و یا شفاخانه خصوصی و امثال اینها است صورت پذیرفته است. برعکس، هرگاه اداره اداره دولتی باشد، در این صورت محکمه ذیصلاح محاکم حقوق عامه اند، زیرا این دعوی، دعوی اداری است که یک طرف آن فرد و طرف دیگر آن دولت است. در هر دو صورت، دعوی تابع قواعد اصول محاکمات مدنی است.

ششم) اصول محاکمات مالیه

اصول محاکمات مالیه مجموعه قواعد حقوقی است که دعاوی مالیه دهنده را با اداره مالیاتی در مرحله شبه قضایی و قضایی و صدور قرار و حکم توسط مراجع شبه قضایی و قضایی تنظیم می نماید. منابع اصول محاکمات مالیه عبارت اند از:

۱- قانون مالیات بر عایدات که حاوی احکام شکلی راجع به نهادهای شبه قضایی است؛

۲- قانون گمرکات که حاوی احکام شکلی راجع به نهادهای شبه قضایی است.

- ۲- قانون اصول محاکمات مدنی جمهوری اسلامی افغانستان، منتشره جریده رسمی شماره ۷۲۲ مؤرخ ۳۱ اسد ۱۳۶۹ هجری شمسی.
- ۳- قانون تشکیلات و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۰۹ سال ۱۳۹۲ هجری شمسی؛
- ۴- قانون اصول محاکمات تجارتي نافذه ۱۳۴۳ هجری شمسی؛ و
- ۴- نظریات دانشمندان حقوق منحیث منبع غیر مستقیم و غیر الزام آور.
- در نظام حقوق افغانستان مانند اکثر ممالک نهاد های شبه قضایی حل و فصل دعاوی مالیاتی وجود دارد. باوجوداین، در حقوق افغانستان باید میان نهادهای شبه قضایی و قضایی رسیدگی به دعاوی ناشی از عوارض گمرکی و مالیات تفکیک قایل شد. مرجع شبه قضایی دعاوی ناشی از عوارض گمرکی در گمرکات اداره حکمیت گمرکی است.
- ماده ۱۹ قانون گمرکات در مورد تشکیل اداره حکمیت گمرکی تصریح می نماید که: «(۱) به منظور رسیدگی به اعتراضات وارده بر تصامیم ادارات گمرک اداره حکمیت گمرکی در چوکات وزارت مالیه ایجاد می گردد؛ و (۲) اداره حکمیت گمرکی متشکل از سه عضو بوده که به پیشنهاد وزیر مالیه و منظوری رئیس جمهور تعیین می گردند.».
- مطابق ماده ۲۰ این قانون: «(۱) قرار گمرکی در منازعاتی که دین گمرکی الی پنجاه هزار (۵۰۰۰۰) افغانی باشد، نهایی و قابل تطبیق می باشد؛ و (۲) هر گاه دین گمرکی مورد منازعه متجاوز از پنجاه هزار (۵۰۰۰۰) افغانی باشد در صورت عدم قناعت، طرفین می توانند به محکمه تجارتي مربوط مراجعه نمایند. حکم محکمه در این مورد نهایی و واجب التنفیذ می باشد.».
- از نصوص این مواد به خوبی بر می آید که مراجع شبه قضایی و قضایی دعاوی ناشی از پرداخت و عدم پرداخت عوارض گمرکی اداره حکمیت گمرکی و محاکم تجارتي است. به نظر می رسد در صورت مراجعه طرفین به محاکم تجارتي، چنین دعاوی از نظر شکلی تابع قواعد اصول محاکمات تجارتي است. اما، دعاوی مربوط به مالیات در مرحله شبه قضایی توسط ریاست عمومی عواید مورد رسیدگی قرار می گیرد. طبق رهنمود شماره ۱۱ وزارت مالیه جمهوری اسلامی افغانستان هر شخصی که از سنجش مالیه رضایت نداشته باشد، طبق ماده ۸۹ قانون مالیات بر عایدات، می تواند علیه سنجش مالیه اعتراض نماید. اعتراض علیه سنجش مقدار مالیه سه مرحله دارد: اول تقاضای تعدیل سنجش مالیه، دوم در صورت عدم رضایت از نتایج درخواست اعتراض علیه سنجش و سوم در صورت عدم رضایت ناشی از نتایج حاصله اقامه دعوی در محکمه ذیصلاح: در صورت اول درخواست تعدیل باید به شکل تحریری در فورم مخصوص ریاست عمومی عواید به بخش عملیاتی که مسؤولیت جمع آوری اظهارنامه ها و یا صدور یادداشت سنجش مالیه را به عهده دارد، تسلیم داده شود.

ریاست عمومی عواید با در نظر داشت دلایل و اسناد ارایه شده توسط مالیه دهنده مبنی بر تعدیل یادداشت سنجش مالیه، موضوع را مورد بررسی قرار می دهد. ریاست عمومی عواید تصمیم خویش را در ظرف ۶۰ روز از تاریخ تسلیمی درخواست تعدیل صادر می نماید. در صورت عدم قناعت، مالیه دهنده می تواند به محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید.

پرسشی که مطرح می گردد این است که محکمه ذیصلاح در این گونه دعوی کدام محکمه است؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که: چون یک طرف این دعوی فرد حقوق خصوصی و طرف دیگر اداره دولتی است، اصولاً محکمه ذیصلاح در این گونه دعوی، دیوان های حقوق عامه است. بنابراین، این گونه دعوی، از نظر شکلی تابع قواعد اصول محاکمات مدنی است که تفصیل آن گذشت.

هفتم) دادرسی اساسی Judicial review

دادرسی اساسی ترجمه عبارت انگلیسی (Judicial review) است. برخی این اصطلاح را مرور قضایی ترجمه نموده اند. برخی دیگر اصطلاح صیانت از قانون اساسی را استفاده می نمایند. در جمهوری اسلامی ایران، اصطلاح دادرسی اساسی مصطلح شده است. معادل این اصطلاح در افغانستان اصول محاکمات اساسی است. از مجموع مطالعات در مورد دادرسی اساسی می توان به این نتیجه رسید که: دادرسی اساسی مجموعه قواعد حقوقی است که نهاد های صیانت از قانون اساسی را جهت حل و فصل اختلافات میان نهادهای مختلف دولت، تضمین برتری و مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی، اعاده حقوق و آزادی های اساسی نقض شده اتباع و تفسیر قوانین اساسی کمک می کند.

از این تعریف به خوبی بر می آید که: نخست این که: دادرسی اساسی مجموعه قواعد حقوقی است که از قانون اساسی، قوانین ارگانیک و قوانین عادی محاکم قانون اساسی و یا شورا های قانون اساسی گرفته شده است. دوم این که: نهادهای صیانت از قانون اساسی عبارت اند از محاکم عالی، کم قانون اساسی، دیوان های قانون اساسی و شورای های قانون اساسی. سوم این که: نهادهای صیانت از قانون اساسی مانند شورای های قانون اساسی، محاکم قانون اساسی و دیوان ها این قواعد را جهت حل و فصل دعوی میان نهادهای مختلف دولت، مطابقت قوانین عادی و ارگانیک با قانون اساسی و اعاده حقوق نقض شده اتباع اعمال می نمایند. چهارم این که: نهادهای صیانت از قانون اساسی نه تنها به حل و فصل توزیع قدرت میان نهادهای مختلف دولت، مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی و اعاده حقوق اتباع، بلکه به تفسیر قانون اساسی نیز می پردازند.^{۵۴۰}

۵۴۰. جهت مطالعه بیشتر در خصوص دادرسی اساسی ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۴). شرح قانون اساسی: حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، فصل اخیر، کابل: انتشارات سعید.

فصل دوم: حقوق بین الملل

حقوق بین الملل مجموعه قواعد حقوقی است که بر همه دولت ها و سازمان های بین المللی قابل تطبیق است. در مورد تقسیمات حقوق بین الملل سه روش وجود دارد: روش کلاسیک، روش جدید و روش تقسیم حقوق بین الملل به حقوق بین الملل و حقوق بین الملل خصوصی. طبق روش کلاسیک حقوق بین الملل را به حقوق بین الملل عمومی، حقوق جزای بین الملل و حقوق بین الملل خصوصی تقسیم می نمایند.

البته، این تقسیم بندی در گذشته در افغانستان و ایران معمول بوده است. اما، طبق روش جدید، حقوق بین الملل را به شاخه های مختلف تقسیم می نمایند، مانند: حقوق بین الملل عمومی، حقوق جزای بین الملل، حقوق معاهدات بین الملل، حقوق محیط زیست بین الملل، حقوق بشر دوستانه بین الملل، حقوق بشر، حقوق دیپلماتیک و کنسولی، حقوق تجارت بین الملل، حقوق بین الملل دریاهای، حقوق بین الملل خصوصی و نظیر اینها.

این تقسیم بندی بیشتر ناشی از توسعه شاخه های جدید حقوق بین الملل است که در گذشته منحصیث یکی از مباحث حقوق بین الملل مورد مطالعه قرار می گرفت. اما، طبق روش سوم مطالب حقوق بین الملل را به حقوق بین الملل و حقوق بین الملل خصوصی تقسیم می نمایند. در تحت حقوق بین الملل مسایل مربوط به حقوق بین الملل عمومی، حقوق جزای بین الملل، حقوق تجارت بین الملل، حقوق بشر دوستانه بین الملل و... را مورد مطالعه قرار می دهند.

البته، در این روش با جزئیات در مورد هر مبحث بحث نمی نمایند. اما، در حقوق بین الملل خصوصی مسایل مربوط به تعارض قوانین را مورد مطالعه قرار می دهند. امروزه هر سه روش در دنیا

معمول است. در این کتاب حقوق بین الملل را به روش جدید به صورت بسیار مختصر تقسیم می نماییم:

مبحث اول) حقوق بین الملل عمومی

حقوق بین الملل عمومی مجموعه قواعدی است که در قدم نخست روابط حقوقی دولت ها و نیز نهاد ها مانند سازمان های بین المللی و در برخی موارد افراد را در سطح بین الملل تنظیم می نماید.^{۵۴۱} چون حقوق بین الملل فاقد نهادهای شناخته شده جهانی تقنینی، اجرایی و قضایی است، تعیین منابع آن مشکل به نظر می رسد. طبق نظر غالب، ماده ۳۸ (۱) اساسنامهٔ محکمهٔ بین المللی عدالت واضح ترین و معتبر ترین بیان در مورد منابع حقوق بین الملل است: «۱. به موجب این بند، محکمه به منظور حل و فصل اختلافات موازین زیر را اجرا خواهد نمود:

الف) معاهدات بین المللی که مؤجد قواعد حقوقی است و از سوی طرف های درگیر در اختلاف صریحاً مورد پذیرش قرار گرفته است؛

ب) عرف بین المللی که حاکی از رویه ای عمومی است و به عنوان قاعده ای حقوقی پذیرفته شده است؛

ج) اصول کلی حقوق پذیرفته شده از سوی ملل متمدن؛ و بالآخره

د) تصامیم قضایی و تألیفات برجسته ترین صاحب نظران حقوقی ملل مختلف، به عنوان ابزار فرعی تشخیص قواعد حقوقی.»^{۵۴۲} به طور کلی، نص این ماده، صرف محکمهٔ بین المللی عدالت را در مورد این سؤال که در حل و فصل قضایا میان طرفین کدام قانون را تطبیق نماید، مخاطب قرار می دهد. اما، چون تمام دولت های که تا کنون اساسنامهٔ سازمان ملل متحد را تصویب کرده اند، عضو اساسنامهٔ محکمهٔ بین المللی عدالت نیز تلقی می گردند، نص این ماده به صورت جهانی مدار اعتبار است و منابع حقوق بین الملل را معین می نماید.^{۵۴۲}

بنابراین، منابع حقوق بین الملل قرار آتی است: معاهدات بین المللی، عرف بین المللی، اصول عمومی حقوق، و منیث منع فرعی، تصامیم محاکم بین المللی و نظریهٔ دانشمندان حقوق (دکترین). کنوانسیون های بین المللی یا معاهدات توافق میان دولت های مختلف یا دولت ها و سایر تابعین حقوق بین المللی که طبق حقوق بین الملل به رسمیت شناخته شده اند می باشد که یک جنبهٔ روابط بین المللی را در بر می گیرد و از نظر حقوقی بر طرفین الزام آور هستند. معاهدات می توانند دوجانبه باشند؛ به این معنی که: معاهده میان دو عضو (دولت) منعقد شده باشد و چندین جانبه؛ به این معنی که: میان بیشتر از دو دولت منعقد شده باشد. زمانی که معاهده نافذ شود، موجب ایجاد تعهدات و اعطای حقوق برای

541. Julia, Pfeiffer (2011). Max Planck Manul on Public International Law in Afghanistan, first edition, Kabul: Maxplanck Institute for Comparative Public Law and International law, pp 1 and 2.

542. Malcham Shaw (2008). Public nternatnional law, sixth edition, Cambrige: Cambridge University Press, p 71.

طرفینی که عضو آن هستند، می شود. ماهیت الزام آور (اجباری) معاهدات بین المللی می تواند از اصل عرفی بین المللی اصل وفا به عهد^{۵۴۳} استنباط شود که قدیمی ترین اصل حقوق بین الملل به نظر می رسد.^{۵۴۴} این اصل تصریح می نماید که زمانی یک معاهده منعقد شود، و این معاهده مورد پذیرش یک دولت دیگر قرار بگیرد، بر آن دولت الزام آور است. در مورد معاهدات بین الملل این اصل تضمین می نماید که یک معاهده بین المللی زمانی که توسط یک دولت تصویب شود، بر آن دولت الزام آور است.^{۵۴۵}

حقوق عرفی مجموعه قواعد رفتاری است که بیان می نمایند چه اموری در یک جامعه مجاز و چه اموری غیرمجاز است. معمولاً، این قواعد مدون نیستند، اما در اثر تطبیق متداوم برای مدت مدید، مشروعیت حاصل نموده اند. به رسمیت شناخته شدن حقوق بین الملل عرفی منحصراً منعی حقوق بین الملل بیش از این میان دانشمندان حقوق بین الملل بدون چون و چرا نیست.

یکی از دلایل عدم پذیرش عرف و عادات منحصراً منعی حقوق بین الملل این واقعیت است که توسعه حقوق عرفی نسبتاً آهسته است و بنابراین نمی تواند دیگر جوابگوی نیازهای سریع الظهور حقوق بین الملل در ۶۰ سال اخیر باشد. بنابراین، نقش حقوق عرفی با توجه به رشد جامعه بین المللی و در نتیجه افزایش فرهنگ های مختلف و اوضاع و احوال سیاسی احتمالاً کم اهمیت تر می گردد.

حقوق عرفی بازتاب دهنده خصوصیت کل جامعه بین المللی است و بنابراین قواعد آن در رابطه به توسعه حقوق نباید دست کم گرفته شود. حقوق عرفی بر همه دولت ها بدون ضرورت به عملکرد بیشتر دولت ها، الزام آور است. با وجود این، البته هر عرفی که توسط یک جامعه پیروی شود، نمی تواند منحصراً منعی حقوق بین الملل عرفی شناخته شود. بنابراین، باید محتاطانه ثابت شود که کدام قاعده در واقع به حدی که ضرورت است، برسد تا حقوق عرفی محسوب شود. اساساً دو رکن موجودیت حقوق عرفی را به اثبات می رساند:

(۱) رکن مادی: رفتار تکراری دولت ها و عمل دولت که (diuturnitas) نامیده می شود.

(۲) رکن معنوی: عقیده مبنی بر اینکه چنین رفتار مربوط به تعهد حقوقی است که (Opinio juris sive necessitas) نامیده می شود. گاهی ممکن است قاضی به قضیه مواجه شود که در مورد آن حکمی در قانون وجود نداشته باشد. مسأله خلای قانونی می تواند هم در حقوق ملی و هم در حقوق بین المللی وجود داشته باشد. چون حقوق بین الملل نسبتاً رشد کافی نکرده است، برخی با خلاهای قانونی متعدد بدون ارایه روشی که چگونه اوضاع جدید را تنظیم نمود، مواجهه اند. در نتیجه، ماده ۳۸ (۱) (ج) اساسنامه محکمه بین المللی عدالت «اصول کلی حقوق که توسط ملت های متمدن به رسمیت شناخته

543. Pacta sunt servanda.

544. Malcham Shaw (2008). Public international law, sixth edition, Cambridge: Cambridge University Press, p 904.

545. Ibid, p 96 with reference to the ICJ Nicaragua case.

شده است» را منعیست منبع حقوق پیش بین می نماید.^{۵۴۶} اصول کلی حقوق در صورت خلای قانونی در چهارچوب حقوق بین الملل اجراء می شود. عبارت «اصول کلی» تعریف نشده است.

بنابراین، دو نظریه مختلف در مورد اصول کلی توسط دانشمندان حقوق بین الملل ارایه شده است: طبق یک نظر، اصول کلی، مفهوم حقوق طبیعی را در بر می گیرد که مفهوم بنیادی حقوق بین الملل محسوب می شود. نظر مخالف، اصول کلی را منعیست یکی از تقسیمات فرعی حقوق معاهدات و عرفی که نمی توانند مُعرّف امر جدید باشد مگر اینکه براساس رضایت دولت ها منعکس شده باشند می داند. به منظور پیدا کردن راه میانه، اکثریت دانشمندان آن اصول را که در تصامیم محکمه دایمی بین المللی عدالت^{۵۴۷} و محکمه بین المللی عدالت به آنها اشاره شده است منعیست اصول کلی حقوق بین الملل قبول می نمایند. برخی از این اصول وسیعاً از مفاهیم شناخته شده حقوق ملی گرفته شده اند، مانند:

(۱) هر تخلفی که منجر به تکلیف پرداخت جبران خسارت شود، جبران خسارت باید متناسب به ضرری باشد که دولت متضرر متحمل شده است. این اصل شامل جبران خسارت کامل ضرر واقعی (*damnum emergens*) و نیز نفعی از دست رفته است، می شود (*lucrum cessans*).

(۲) نظر عدم دوام حقوق شخصی بعد از تغییر مقام.

(۳) قبول قرینه.

(۴) به رسمیت شناختن مفهوم (*Res judicata*) که به این مفهوم است که فیصله در قضیه نهایی، الزام آور و بدون استیناف خواهی است.

(۵) اصل ممانعت (*Estoppel*) که به این مفهوم است که یک عضو که نسبت به وضعیت معین توافق کرده است، نمی تواند با آن مخالفت نماید.

(۶) اصل احترام به حقوق مُکتسبه.

(۷) اصل وفای به عهد که قبلاً تذکر یافت.

(۸) اصل حسن نیت (*bona fida*) که به معنی عمل نمودن با قصد صادق و بدون سوء استفاده غیر متناسب از جانب مقابل و یا عمل نمودن مطابق وعده است هرچند برخی شکلیات حقوقی انجام نشود. این اصل احتمالاً یکی از اصول بسیار مهم در حقوق بین الملل است. این اصل حتی در ماده ۲ (۲) منشور سازمان ملل متحد و یا اعلامیه روابط دوستانه تصریح شده است. باوجوداین، این اصل صرف در مورد انجام تعهدات واقعی مدار اعتبار است.

(۹) اصل (*ex injuria jus non oritur*) که دلالت می نماید که اعمال خلاف قانون نمی تواند

حقوق را ایجاد نماید.

۵۴۶. کلمه «متمدن» محل انتقاد قرار گرفته و امروزه نادیده گرفته می شود.

۵۴۷. محکمه دایمی بین المللی عدالت سلف (ماقبل) محکمه بین المللی عدالت بود.

- ۱۰) اصل آزادی اراده در انعقاد معاهدات بین المللی؛
 - ۱۱) اصل حسن نیت در اجرای تعهدات بین المللی؛
 - ۱۲) اصل تساوی حقوق ملت ها؛
 - ۱۳) اصل حق تعیین سرنوشت؛
 - ۱۴) اصل تساوی حاکمیت کشورها؛
 - ۱۵) اصل عدم مداخله؛
 - ۱۶) اصل منع تهدید به اعمال زور؛
 - ۱۷) اصل احترام و رعایت جهانی حقوق بشر و آزادی های اساسی (مقدمه معاهده ۱۹۶۹ وین در مورد حقوق معاهدات)؛
 - ۱۸) اصل عدم استناد به تغییر اساسی اوضاع و احوال زمان انعقاد معاهده (Res sic stanibus)؛
 - ۱۹) اصل اختیاری بودن صلاحیت محاکم بین المللی.
- باآنکه رویه قضایی منبع فرعی حقوق تلقی می شود و ماده ۵۹ اساسنامه محکمه بین المللی عدالت تصریح می نماید که تصامیم محاکم صرف در قضیه معین و نسبت به طرفین الزام آور است، اما تصامیم محاکم تأثیر به سزایی در توسعه حقوق بین الملل دارد. تصامیم قضایی سابق محکمه دایمی بین المللی عدالت معمولاً در دفاعیات فعلی در محکمه بین المللی عدالت توسط دولت های دخیل [درقضیه] و یا دانشمندان حقوق استفاده می شود. باوجوداین، تصامیم گذشته، دایماً توسط قضات اصلاح می شوند و در برخی حالات، نظریه اصلی تعدیل و یا متروک می گردد.
- منحیث منبع فرعی دیگر ماده ۳۸ اساسنامه محکمه بین المللی عدالت اظهارات معروف ترین دانشمندان بین المللی را در این زمینه یاد آوری می نماید. در آغاز ظهور حقوق بین الملل، نوشته های دانشمندان مشهور سنگ بنای حقوق بین الملل بوده و اظهار نظر های آنها در ایجاد و محتویات نظام حقوقی فعلی خیلی تأثیر گذار بوده است. امروزه، نوشته های اکادمیک تا اندازه مؤثر است. به عوض، مفهوم اثبات گرایی و نظریه استقلال دولت، معاهدات و عرف را در موقف برجسته قرار داده است.
- باوجوداین، در برخی ساحات خاص جدید حقوق بین الملل، تاکنون برخی دانشمندان با تأثیر به سزا در توسعه قواعد جدید وجود دارد. بر علاوه تمام محاکم و محاکم داور، دولت ها حین اقامه دعوی و همچنین سازمان ها حین تسوید یک معاهده بین المللی به نوشته های دانشمندان حقوق بین الملل استناد می کنند.^{۵۴۸}

۵۴۸ . جهت مطالعه مفصل در مورد موضوعات مورد بحث حقوق بین الملل عمومی ر. ک: جولیا پیفیر (۲۰۱۱). رهنمود انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک پیرامون حقوق بین الملل عمومی برای افغانستان، مترجم: نظام الدین عبدالله، چاپ اول: کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.

طبق ماده ۷ ق. ۱ که امروزه مورد تأیید حکومت طالبان نیست: «دولت منشور ملل متحد، معاهدات بین الدول، میثاق های بین المللی که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه جهانی حقوق بشر را رعایت می کند...»^{۵۴۹}. از نص این ماده احکام ذیل قابل استنباط به نظر می رسد:

۱) دولت افغانستان مکلف به رعایت منشور سازمان ملل متحد است. منظور از منشور سازمان ملل متحد سند مؤسس سازمان ملل متحد است. این تکلیف در ق. ۱ به صورت مطلق تذکر یافته است.

۲) دولت افغانستان مکلف به معاهدات و میثاق های بین المللی است. تعریف معاهده در فصل معاهدات گذشت. شرط رعایت معاهدات و میثاق های بین المللی الحاق افغانستان به آنها است. بنابراین، طبق نص ماده ۷ دولت افغانستان در صورتی مکلف به رعایت معاهدات و میثاق های بین المللی است که به آنها ملحق شده باشد.

مفهوم مخالف نص این ماده این است که در صورت عدم الحاق دولت افغانستان طبق ماده ۷ ق. ۱ تکلیفی جهت رعایت معاهدات و میثاق های بین المللی ندارد. الحاق پیوستن به یک معاهده و یکی از طرق انعقاد معاهدات است. بنابراین، زمانی که امضای یک معاهده ناممکن گردد، به عنوان مثال، مهلت امضای معاهده منقضی گردد، یک دولت می تواند از طریق الحاق عضو یک معاهده شود (ماده ۱۵ کنوانسیون وین در مورد معاهدات).

۳) دولت افغانستان مکلف به رعایت اعلامیه جهانی حقوق بشر است. تعریف حقوق بشر در مبحث های بشری خواهد آمد. پرسش این است که منظور قانونگذار اساسی از کلمه «رعایت» چیست؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که رعایت در لغت به معنی نگاهداشتن حرمت و حق کسی و تعظیم کردن و احترام کردن است.^{۵۴۹} در اصطلاح حقوقی به نظر می رسد رعایت عبارت است از احترام کردن است. چنانچه ملاحظه گردید، رعایت به معنی احترام کردن و حرمت گذاشتن است. بنابراین، دیدگاهی که تصریح می نماید میان رعایت و احترام فرق وجود دارد مردود به نظر می رسد. طبق این دیدگاه فرقی که میان رعایت و احترام وجود دارد این است که در احترام الزام برای دولت وجود ندارد، اما در رعایت الزام وجود دارد. به عبارت دیگر: در احترام دولت باید اعمال سلبی انجام دهد، اما در رعایت اعمال ایجابی.

راجع به این ماده و سایر مواد مربوط به حقوق بشر در ق. ۱ بحث و گفتگو در بین نمایندگان لویه جرگه تصویب ق. ۱ صورت گرفته است. راجع به فقره پنجم مقدمه ق. ۱ یعنی رعایت منشور ملل متحد و احترام به اعلامیه جهانی حقوق بشر در کمیته ها بحث های مفصل صورت گرفته و مقید به چهارچوب شریعت و ارزش های دینی گردید.

در کمیته ۱ یک وکیل گفت: اعلامیه جهانی حقوق بشر و منشور ملل متحد در بعض موارد با نصوص قرآن و احکام دین در تضاد است. ما تا جایی قبول داریم که در تضاد با احکام دین ما نباشد. رئیس جلسه استاد ربانی گفت: کشور های اسلامی راجع به حقوق بشر ملاحظاتی دارند و در موارد تعارض از ارزش

های ملی و مذهبی خود پیروی می کنند. چند وکیل دیگر نیز گفتند که: بین منشور ملل متحد و اعلامیه جهانی حقوق بشر باید تفکیک قابل شویم. منشور هیچ گونه مخالفتی با دین ندارد.

در ارتباط به حقوق بشر هر کشور استثناء قابل است و هیچ کشور به صرف امضاء ملزم به رعایت آن نیست، بلکه زمانی که در پارلمان تصمیم گرفته شد الزامی می شود و تکلیف این موضوع را در ماده ۳ ق. روشن کرده ایم. در سایر کمیته ها در این زمینه بحث های مفصلی صورت گرفت و تقریباً همه وکلاء بر این نظر بودند که حقوق بشر را تا جایی رعایت می کنیم که مخالف اسلام نباشد.

در کمیته ۱۰ یک وکیل گفت: باید قید «تاجایی که با احکام اسلامی تناقض نداشته باشد» علاوه شود. صدیقه بلخی عضو کمیسیون تدقیق گفت: تمام کشورهای اسلامی این اعلامیه را امضاء کرده اند ولی روی مواد مخالف آن با اسلام، خط کشیده اند. تشویش شما در ماده ۳ حل شده است. داکتر شیر زوی نیز توضیح داد: واژه های احترام، رعایت و الزام فرق دارد و در اعلامیه حقوق بشر احترام به کار رفته است که لازم رعایت نیست.

در کمیته ۱۰ یکی از وکلاء در مخالفت با تعدیل گفت: ضرور نیست که در هر جا کلمه اسلام را علاوه کنیم. این کار از ما یک چهره بی سواد می سازد. در کمیته ۴ نیز جمعی از وکلاء خواهان تقیید ماده به اساسات اسلام شدند. وکیل خپلواک گفت: اگر در یک ماده کلمه اسلام، اعتقادات و اساسات اسلام که در بر گیرنده تمام موضوعات باشد، جا داده شود همان کافی است و تکرار کلمه اسلام در همه ماده ها صحیح نیست.^{۵۰۰}

در کمیته تفاهم نیز بحث های نمایندگان مطرح شد. طبق اظهار یکی از اعضای کمیته تفاهم و منشی لویه جرگه (آقای شفق): «قبل از تفاهم روی مواد اختلافی، جالب بود که در کمیته ها هر جا نام حقوق بشر و دموکراسی بود، قید «مطابق شریعت اسلامی» یا در «چهارچوب شریعت» و نظیر اینها بدون استثناء مطرح می شد. اما، زمانی این مباحث در کمیته تفاهم مطرح شد، نماینده های کشورهای خارجی و سازمان ملل متحد از این موضوع ابراز نگرانی کردند و گفتند که دنیا با این چنین قانون اساسی علاقمند نخواهد بود و افغانستان را مورد توجه قرار نخواهد داد[...].»

آیت الله شیخ محمد آصف محسنی عضو دیگر کمیته تفاهم نیز جریان و ابراز نگرانی نماینده های یونامای سازمان ملل و جامعه جهانی را این چنین بیان می کند:

«فرانسیس وندرل روزی آمد پیش من. در همان موقع که کمیسیون تفاهم دایر و مشغول کار بود و به یک خیمه نشستیم و گفت: من آمدم که از طرف اتحادیه اروپا به شما اخطار دهم. شما چه کار کردید.

۵۰۰. جهت مطالعه مفصل در این مورد ر. ک: (____). فرایند شکل گیری قانون اساسی (۴) موضعگیری ها، چالشها و تفاهمات در لویه جرگه، جلد (۴)، کابل: انتشارات کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، صص ۳۰۲-۳۱۴.

شما دموکراسی و حقوق بشر و غیره همه را پسوند اسلامی زدید. دیگر چیزی باقی نماند و ممکن است کمک های اتحادیه اروپا قطع شود [...]». ۵۵۱

به نظر می رسد در نتیجه این ابراز نگرانی ها، آن اعضای کمیسیون تسوید و تدقیق که در کمیته های منحیث اشخاص متخصص و صاحب نظر کار می کردند، به آنچه تسوید و تدقیق کرده بودند به ویژه ماده ۳ ق. ا اکتفاء کردند و تغییر بنیادین در این زمینه وارد نکردند غافل از این که مرجع نظارت بر شرعی بودن قوانین را معین ننموده اند. به حیث مثال، محمد آصف محسنی این جریان را در کمیته تفاهم چنین بیان می نماید:

«من در همان اثنای تدویر لویه جرگه رفتم پیش کرزی و شورای امنیت ملی و اعضای ارشد کمیسیون قانون اساسی هم بودند. یکی از وزراء گفت: در باره قانون اساسی صحبت کنیم. من شروع کردم و گفتم: ما و غربی ها چه از این قانون خوش ما بیاید و چه نیاید. این قانون در حد ذات خود مشتمل بر تناقض است و همین ماده ۳ را مثال زدم که یکی از ارزش های قانون اساسی حقوق بشر است و دموکراسی و این دو دیدگاه با اسلام در تضاد است. به کدام باید عمل کنیم؟

قانون اساسی می گوید هر دو را بگیرید. اگر هر دو را بگیریم تناقض است. اگر یکی را بگیریم خلاف قانون اساسی است. مثال زدم به زنا به غیرعنف که حقوق بشر می گوید اگر زنا به غیرعنف باشد اشکال ندارد، اما اسلام می گوید باید مجازات شود و جرم است. آقای کرزی توجیه کرد و من رد کردم و گفتم به این سادگی نیست. بعد خودش گفت چاره چیست؟ سیاف صاحب گفت: از خودش سؤال کن، جوابش هم نزد خودش است. کرزی صاحب از من جواب و راه حل خواست. من گفتم: اگر یک تبصره به این ماده بزنی که: «در فرض تعارض بین ارزش های این قانون و احکام دین، احکام دین مقدم می شود» تناقض بر طرف می شود [...]». ۵۵۲

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که نویسندگان و مصوبین ق. ا خواسته اند شریعت را با حقوق بشر جمع نمایند. به عبارت دیگر: طبق ماده ۳ و ماده ۷ ق. ا در نظام حقوقی افغانستان هم شریعت نافذ است و هم حقوق بشر. از همین رو، گرایش در مورد تطبیق حقوق بشر در افغانستان کمتر مشاهده می شود.

تجارب نشان می دهد که محاکم حتی کنوانسیون ها و معاهداتی که را شورای ملی تصویب کرده است و بعد از توشیح رئیس جمهور در جریده رسمی نشر شده اند، در فیصله ها مورد استناد قرار نمی دهند. مردم در ولایات حقوق بشر را ضد دین تلقی می نمایند. پرسش این است که برای رفع این نقیصه چه راه حل های وجود دارد؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که: از نظر حقوقی با توجه به این که در

۵۵۱. همان، (____)، صص ۲۲ و ۲۳.

۵۵۲. همان، (____)، صص ۲۳ و ۲۴.

نظام حقوقی افغانستان نظریه یگانگی^{۵۵۳} پذیرفته شده است، برای رفع این مشکل، راه حل های ذیل به نظر می رسد:

۱- تعدیل قانون اساسی و حذف ماده ۳ ق. ا: یکی از راه حل ها از لحاظ نظری در نگاه اول تعدیل ماده ۳ ق. ا به نظر می رسد، اما با توجه به آنچه در مباحث قبلی گفته شد، این راه حل عملی نیست.

۲- استفاده از حق شرط: به طور کلی، دولت ها مکلف هستند خود را مطمئن نمایند که میان قوانین ملی آنها و معاهده ای که قصد انعقاد آن را دارند، تناقض وجود نداشته باشد. اما، اگر تعارضی وجود داشته باشد، و دولت قصد نماید تا عضویت این معاهده را کسب نماید، ضرورت به تعدیل قوانین ملی و حتی قانون اساسی خویش قبل از امضای معاهده دارد. دولت ها نیز می توانند به عوض تعدیل قوانین داخلی، توسط حق شرط نسبت به برخی احکام معاهده، تأثیر معاهده بین المللی را محدود نمایند. جهت تأمین مصلحت دولت ها، حق شرط، در حقوق بین الملل جایز است.

حق شرط بیانیه یک جانبه است که توسط یک عضو معاهده که در صدد استثناء کردن و یا اصلاح کردن اثر حقوقی برخی احکام معاهده است صادر می گردد (ماده ۲ (۱) کنوانسیون وین در مورد معاهدات). حق دولت ها مبنی بر گذاردن حق شرط نسبت به احکام خاص یک معاهده ناشی از اصل حاکمیت دولت ها است. البته، حق شرط گذاشتن در معاهده دو جانبه بی معنی است، زیرا چنین معاهده ای نمی تواند وجود داشته باشد، اگر یکی از طرفین از پذیرش تمام احکام معاهده امتناع ورزد. بنابراین، حکومت افغانستان می تواند حین امضای یک معاهده حق شرط بگذارد.^{۵۵۴}

۳- عدم تصویب آن دسته از قواعد معاهدات که مخالف احکام و معتقدات اسلامی است: حق شرط معمولاً قبل از امضای معاهده صورت می گیرد. پرسش این است که معاهداتی را که حکومت افغانستان قبل از انفاذ ق. ا امضاء کرده است چگونه می توان با احکام و معتقدات اسلامی سازگار و موافق نمود؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که شورای ملی آن چنان که مصوبین ق. ا در لویه جرگه اعتقاد داشتند می تواند از تصویب آن دسته از قواعد معاهدات که مخالف احکام و معتقدات دین اسلام است امتناع ورزد. پرسش این است که علت اینکه نویسندگان ق. ا خواسته اند حقوق بشر، دموکراسی و نظیر اینها را در ق. ا با اسلام جمع نمایند چیست؟

در پاسخ به این پرسش باید گفت از یکطرف در آن زمان افغانستان فاقد نظام مبتنی بر قانون اساسی و قانون اساسی بود و تدوین کنندگان و اعضای کمیسیون تسوید قانون اساسی می خواستند دست آوردی داشته باشند و از طرف دیگر فشار جامعه بین المللی و طبقه روحانی بر حکومت افغانستان. نتیجه این،

۵۵۳. در خصوص نظریه یگانگی حقوق بین الملل نک: جولیا پفیفر (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک، مترجم: نظام الدین عبدالله، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک، صص ۱۷ و ۱۸.

۵۵۴. در مورد حق شرط ر. ک: همان، جولیا پفیفر، ص ۵۶.

فشارها و عجله ماده ۳، ماده ۴، ماده ۷، ماده ۹، ماده ۲۲، ماده ۲۷ و ماده ۱۳۰ و ماده ۱۳۱ است که با همدیگر در تعارض قرار دارند. به حیث مثال، ماده ۴، ماده ۷، ماده ۹ با ماده ۳ و ماده ۲۷ با ماده ۱۳۰ در تعارض قرار دارد.

مبحث دوم) حقوق جزای بین الملل

حقوق جزای بین الملل مجموعه‌ای از قواعد بین المللی است که جرایم بین المللی را منع کرده است و دولت‌ها را ملزم به تعقیب و مجازات این جرایم یا حداقل کسانی که نمونه‌های شنیع این جرایم را مرتکب می‌شوند، می‌کند. همچنین این رشته حقوقی، شیوه تعقیب و محاکمه این دسته از مجرمان را در محاکم جزایی بین المللی تبیین می‌کند.

البته عده ای بین «حقوق جزای بین الملل» و «حقوق بین الملل جزایی» قائل به تفاوت هستند، به این ترتیب که معتقدند حقوق جزای بین الملل رشته‌ای از حقوق جزا است که در مورد جرایم مخل نظم داخلی در زمانی که یک یا چند عنصر و عامل (بعد) خارجی و برون مرزی در وقوع جرم مداخله دارند بحث و گفتگو می‌کند و این عنصر و عامل (بعد) خارجی ممکن است تابعیت شخص مرتکب جرم یا یکی از شرکای او یا شخص مجنی علیه یا متضرر از جرم باشد یا ممکن است سرزمینی باشد که جرم در آنجا صورت گرفته و یا نتیجه نهایی در آنجا حاصل شده است؛ به همین جهت عده‌ای اصطلاح «حقوق جزای بین الملل» به معنی اخص» یا «حقوق جزای بین الملل خصوصی» را مناسب تر می‌دانند.^{۵۵۵}

اما آن قسمت از حقوق جزای بین الملل را که مربوط به مسؤولیت دولت‌ها و یا به مخاطره انداختن صلح بین المللی و یا جنایات علیه انسانیت و بشریت است «حقوق بین الملل جزایی» یا «حقوق جرائم بین المللی» یا «حقوق جزای بین الملل به معنی عام» می‌نامند.^{۵۵۶} اگر چه تفکیک فوق از سوی برخی از استادان حقوق جزا و حقوق بین الملل مطرح شده است، اما عده زیادی از استادان این دو رشته حقوقی نیز اعتقادی به این تقسیم‌بندی ندارند و اصطلاح حقوق جزای بین الملل را هم در مورد «حقوق جزای بین الملل خصوصی» و هم در مورد «حقوق بین الملل جزایی» قابل تسری می‌دانند.

منابع حقوق جزای بین المللی عبارت اند از: معاهدات بین المللی، عرف و عادات بین المللی، اصول کلی حقوق، رویه قضایی و دکترین که تفصیل هر یک در فوق گذشت.^{۵۵۷}

موضوعات مورد بحث حقوق جزای بین المللی چنانچه در تعریف حقوق جزای بین المللی به آن اشاره شد، برخی جرایم مانند کشتار جمعی، جنایت علیه بشریت، جنایات جنگی، جنایت تجاوز و برخی جرایم بین المللی دیگر مانند قاچاق مواد مخدر، تروریسم بین المللی ... است. در حقوق جزای بین المللی عناصر متشکله و مصادیق این جرایم به صورت مستقل مورد بحث قرار می‌گیرد. همچنین،

۵۵۵. محمد صالح ولیدی (۱۳۹۴). حقوق جزای عمومی، جلد (۱)، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، صص ۱۰۰-۱۰۲.

۵۵۶. محمد رضا ضیایی بیگلری (۱۳۹۰). حقوق بین الملل عمومی، چاپ سی و هشتم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ص ۲۱۶.

۵۵۷. کریانگسا کیتجا پسا (۱۳۸۷). حقوق کیفری بین المللی، مترجم: حسین آقایی جنت مکان، چاپ دانشور، ص ۵.

در حقوق جزای بین المللی برخی محاکم بین المللی مانند محاکم نورنبرگ، توکیو، محکمه بین المللی جزایی یوگوسلاوی (سابق) و روندا و محکمه بین المللی جزایی (ICC) و کیفیت محاکمه مرتکبان جرایم بین المللی در گذشته و حال مورد بحث قرار می گیرد.

مبحث سوم) حقوق معاهدات بین الملل

حقوق معاهدات بین الملل در گذشته در حقوق بین الملل عمومی مورد مطالعه قرار می گرفت. اما، امروزه، حقوق معاهدات بین الملل به عنوان یک رشته جدید حقوق بین الملل مورد مطالعه قرار می گیرد. حقوق معاهدات بین الملل مجموعه قواعد حقوقی است که تعهدات دولت ها و سازمان های بین المللی را با همدیگر تنظیم می نماید. موضوعات مورد بحث حقوق معاهدات بین المللی، تعریف معاهده، انواع معاهده، تشریفات انعقاد معاهدات، اجرای معاهده، تفسیر معاهده، انحلال معاهده، تعدیل معاهده و نظیر اینها است.

مبحث چهارم) حقوق بین الملل دریاها

حقوق بین الملل دریاها یکی از شاخه های جدید حقوق بین الملل عمومی است که در گذشته در حقوق بین الملل عمومی مورد مطالعه قرار می گرفت. حقوق بین الملل دریاها مجموعه قواعدی است که کشورها باید آن را در مناطق مختلف دریایی رعایت کنند.^{۵۵۸}

مبحث پنجم) حقوق دیپلماتیک و کنسولی

حقوق دیپلماتیک و کنسولی مجموعه قواعد حاکم بر روابط کنسولی و دیپلماتیک دولت ها است.^{۵۵۹} قواعد حاکم بر مأموریت های دیپلماتیک تا قرن ها با توجه به عرف بین المللی تعیین می شد. از مهمترین ویژگی های اصل مصونیت و امنیت نمایندگان بود که حتی در زمان جنگ میان دو کشور مورد احترام قرار داشت. اما از ابتدای دهه ۱۹۶۰ میلادی با تدوین کنوانسیون های وین: «کنوانسیون راجع به روابط دیپلماتیک» ۱۹۶۱ میلادی و «کنوانسیون راجع به روابط کنسولی» ۱۹۶۳ میلادی که توسط کمیسیون حقوق بین الملل سازمان ملل نوشته و بسیاری از کشورها به آن پیوستند، این رشته از وضعیت عرفی به حالت مدون درآمد.

کنوانسیون دیگر که اهمیت محوری در تعیین قواعد حقوق دیپلماتیک دارد شامل «کنوانسیون راجع به مأموریت های ویژه» مصوب ۱۹۶۹ میلادی در مجمع عمومی سازمان ملل، «کنوانسیون راجع به جلوگیری و مجازات جرائم علیه اشخاص مورد حمایت بین المللی» مصوب ۱۹۷۳ میلادی در مجمع عمومی و «کنوانسیون راجع به نمایندگی دول در روابط خود با سازمان های بین المللی جهانی» مصوب ۱۹۷۵ در کنفرانس وین می شود.

مبحث ششم) حقوق بین الملل محیط زیست

۵۵۸. محمد رضا ضیایی بیگدلی (۱۳۹۰). حقوق بین الملل عمومی، چاپ سی و هشتم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ص ۳۰۸.
۵۵۹. همان، محمد رضا ضیایی بیگدلی، ص ۴۲۸.

حقوق محیط زیست بین المللی یکی از شاخه های حقوق بین الملل است که رفتار دولت ها و سازمان های بین المللی را در رابطه به محیط زیست تنظیم می نماید.^{۵۶۰}

مبحث هفتم) حقوق بین الملل خصوصی

در رابطه به تعریف حقوق بین الملل خصوصی^{۵۶۱} تعاریف متعدد وجود دارد. عده ای از استادان حقوق، حقوق بین الملل خصوصی را مجموعه قواعدی می دانند که روابط خصوصی افراد را در سطح بین الملل تنظیم می نماید.^{۵۶۲} طبق این تعریف، هرگاه یک تبعه افغانی به مصر برود و در آنجا اقامت، ازدواج، خرید و فروش و غیره نماید، مسائل اقامت، ازدواج و خرید و فروش چنین تبعه ای تابع حقوق بین الملل خصوصی است.

با آنکه اقامت، ازدواج، خرید و فروش و غیره مسائل مربوط به حقوق خصوصی است. ولی، چون این امور در خارج صورت می پذیرد، مربوط به حقوق بین الملل خصوصی می گردد. بنابراین، زمانی می توان گفت موضوعی مربوط به حقوق بین الملل خصوصی است که به طریقی چند کشور در آن دخیل باشند. عده ای دیگر حقوق بین الملل خصوصی را مجموعه قواعدی می دانند که از روابط افراد در زندگی بین الملل بحث می کند.^{۵۶۳}

قواعد حقوق بین الملل خصوصی از دو منبع سرچشمه می گیرد که عبارتند از: منابع داخلی و منابع خارجی. منابع داخلی حقوق بین الملل خصوصی قوانین اعم از قانون اساسی و قوانین عادی، مقرر امور اتباع خارجی، رویه قضائی، عرف و عادات، نظریات دانشمندان حقوق^{۵۶۴} و فقه است. علاوه بر منابع داخلی یک سلسله منابع دیگر نیز وجود دارد که حقوق بین الملل خصوصی از آن سرچشمه می گیرد که این منابع عبارت اند از: معاهدات بین المللی، رویه قضائی، عرف و عادات، دکترین و اصول حقوق بین الملل خصوصی.^{۵۶۵}

در مورد موضوعات مورد بحث حقوق بین الملل خصوصی و ایجاد رابطه میان موضوعات مورد بحث حقوق بین الملل خصوصی میان علمای حقوق بین الملل خصوصی توافق نظر وجود ندارد.

560. https://www.law.cornell.edu/wex/international_environmental_law (last visit: 24 february, 2015).

561. Private international law.

۵۶۲. محمد نصیری (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، ص ۱۰.

۵۶۳. سید جلال الدین مدنی (۱۳۸۴). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ چهارم، انتشارات جنگل، ص ۲۵.

۵۶۴. محمود سلجوقی (۱۳۷۷). بایسته های حقوق بین الملل خصوصی، تهران: نشر میزان، ص ۴۰-۴۷؛ محمد نصیری (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، ص ۱۸؛ و سید نصرالله ابراهیمی (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، صص ۳۰-۳۷.

۵۶۵. محمود سلجوقی (۱۳۷۷). بایسته های حقوق بین الملل خصوصی، تهران: نشر میزان، صص ۴۰-۴۷؛ محمد نصیری (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، ص ۱۸؛ و سید نصرالله ابراهیمی (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، صص ۳۰-۳۷.

دانشمندان امریکایی و انگلیسی حقوق بین الملل خصوصی صرف «تعارض قوانین» را در این مضمون مورد مطالعه قرار می دهند.

از همین جهت، در امریکا و انگلستان حقوق بین الملل خصوصی را به نام «تعارض قوانین» یاد می نمایند و اکثر کتاب های که به لسان انگلیسی در مورد حقوق بین الملل خصوصی تألیف شده است به نام «تعارض قوانین» یاد می شوند نه حقوق بین الملل خصوصی. با وجود این، چون حل تعارض قوانین مستلزم دانستن برخی مباحث فرعی دیگر مانند: تابعیت، اقامتگاه و حقوق و تکالیف بیگانگان است، برخی نویسندگان فرانسوی و ایرانی تابعیت و اقامتگاه و حقوق تکالیف بیگانگان را ضمن فصل و یا مبحث تعارض قوانین مورد مطالعه قرار می دهند. این روش عاری از ایراد نیست. زیرا، در این روش رابطه و یا زنجیره میان تابعیت، اقامتگاه و حقوق و تکالیف بیگانگان و تعارض ها وجود ندارد و این امر موجب سردرگمی و پراکندگی و عدم وجود رابطه میان موضوعات مورد بحث حقوق بین الملل خصوصی می شود.

با توجه به این ایراد، برخی نویسندگان حقوق بین الملل خصوصی در ایران، موضوعات مورد بحث حقوق بین الملل خصوصی را به دو بخش: تقسیم جغرافیایی اشخاص که شامل تابعیت، اقامتگاه و حقوق و تکالیف بیگانگان می شود و تعارض ها که شامل تعارض محاکم، تعارض قوانین و تنفیذ حکم محکمه خارجی و ... تقسیم می نماید و بخش اول را به نام حقوق بین الملل ماهوی که مؤجد حق و تکلیف اند و بخش دوم را حقوق بین الملل خصوصی شکلی که ناظر بر حل و فصل دعاوی ناشی از روابط خصوصی افراد در سطح بین المللی اند تقسیم می نمایند.^{۵۶۶}

مبحث هشتم) حقوق بین الملل پناهندگی

حقوق بین الملل پناهندگی (International refugee law) مجموعه قواعد حقوقی است که حقوق و حمایت های پناهندگان را مورد رسیدگی قرار می دهد.^{۵۶۷} مهم ترین منابع حقوق پناهندگان کنوانسیون ۱۹۵۱ ژنو و پروتکل ۱۹۷۶ است. کنوانسیون ۱۹۵۱ ژنو را می توان اصلی ترین منبع حقوق پناهندگان در مقررات بین المللی دانست که در ۲۸ جولای ۱۹۵۱ در ژنو به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل رسیده است.

مبحث نهم) حقوق تجارت بین الملل

حقوق تجارت بین الملل (International trade law) مجموعه قواعد و مقررات است که حاکم بر آن دسته از روابط تجارتهای است که در عین حال دارای ماهیت حقوق خصوصی است که به کشور های

۵۶۶ . جهت مطالعه مفصل در مورد حقوق بین الملل خصوصی افغانستان نک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دهم: کابل: انتشارات سعید.

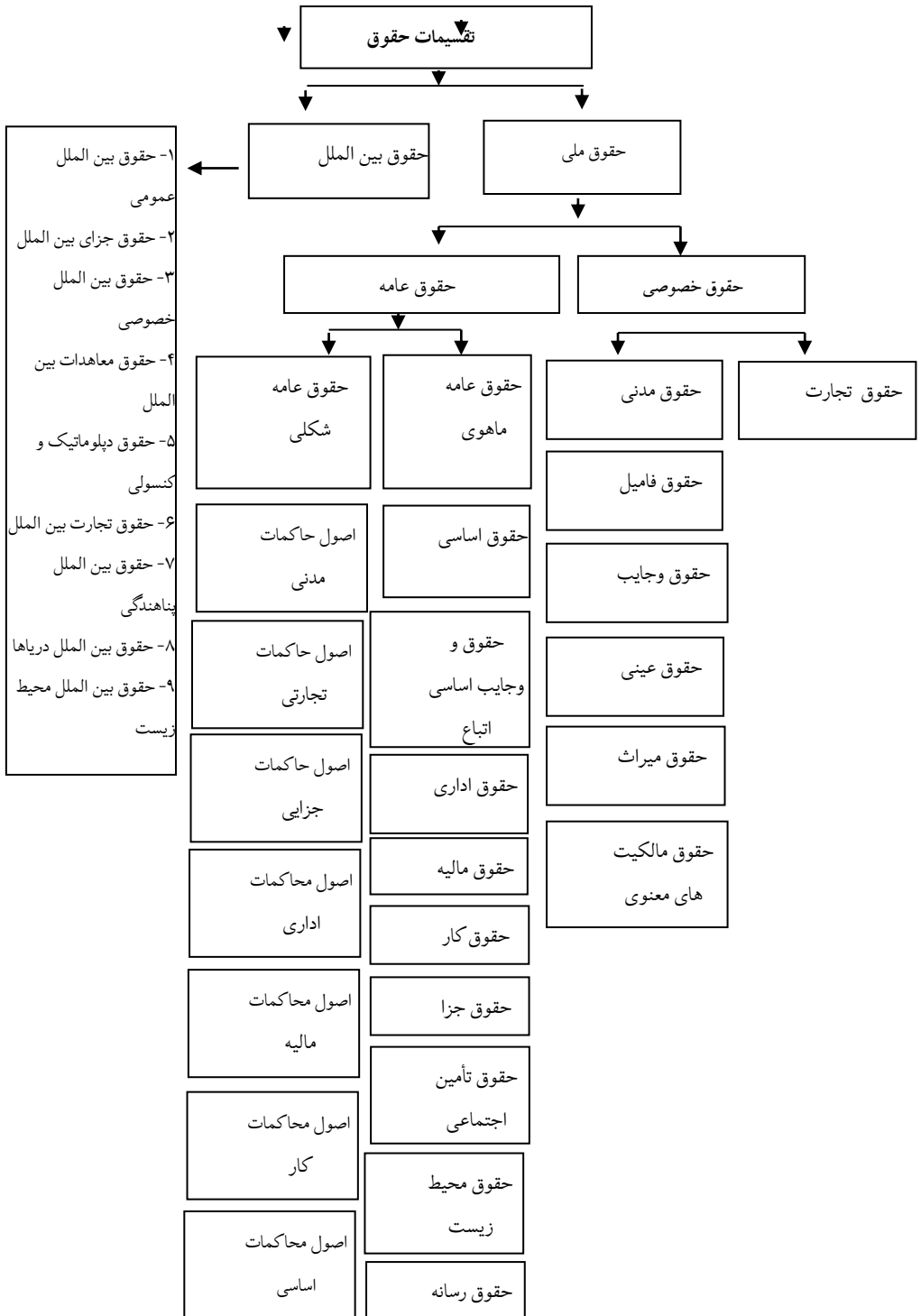
567. https://en.wikipedia.org/wiki/Refugee_law (Last visit 6, September, 2015).

گوناگون مربوط می شود.^{۵۶۸} منابع حقوق تجارت بین الملل عبارت اند از: معاهدات دو و یا چندین جانبه بین المللی، رویه های تجارتی بین المللی، اصول کلی حقوق، حقوق عرفی تجارتی و قوانین و مقررات داخلی کشورها.^{۵۶۹}

مبحث دهم) حقوق بشر دوستانه بین الملل

حقوق بشر دوستانه بین الملل مجموعه قواعدی است که مسایل مربوط به منازعات مسلحانه را تنظیم می نماید. در اخیر این بخش خلاصه تقسیمات حقوق در جلد ذیل ارایه می گردد:

۵۶۸ . عبدالحسین شیروی (۱۳۹۳). حقوق تجارت بین الملل، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت)، صص ۲۰ و ۲۱.
۵۶۹ . همان، عبدالحسین شیروی، ص ۳۴.



بخش چهارم: حق

حق یکی از مباحثی مهم و بسیار پیچیده در علم حقوق، فلسفه حقوق و فقه است. اهمیت حق در علم حقوق به اندازه ای است که می توان ادعا کرد که یکی از اهداف و حتی فلسفه وجودی قواعد حقوقی اعطای حق به اشخاص و حمایت حق اشخاص است.

به رغم اهمیت حق در نظام حقوقی افغانستان، کتابی که تصویر و ایده کلی از حق در تمام شاخه های حقوق افغانستان ارایه نماید و بر مبنای قوانین نافذ افغانستان به رشته تحریر در آمده باشد، وجود ندارد. در نظام حقوقی افغانستان برخی استادان کتاب های ارزشمندی در مورد نظریه عمومی حق به رشته تحریر در آورده اند، اما این کتاب ها بیشتر از دید حقوق خصوصی و فقه به رشته تحریر در آمده است.

این کتاب، با کتاب های که این استادان به رشته تحریر در آورده اند، متفاوت است. تفاوت این کتاب با سایر کتاب ها که در مورد نظریه عمومی حق به رشته تحریر در آمده اند، در این است که این کتاب نظریه های عمومی حق را در روشنایی قوانین نافذ افغانستان به طور کلی در رشته های مختلف حقوق خصوصی، حقوق عمومی و حقوق بین الملل مورد بحث قرار می دهد.

بنابراین، با عنایت به اهمیت حق از نگاه علم حقوق نه یکی از رشته های حقوق، ما در این کتاب بر آنیم تا ایده یا نظریه کلی از حق در حوزه های مختلف حقوق و فقه ارایه نماییم. این بخش کتاب حاوی چهار فصل است: تعریف، مصادر و ارکان حق (فصل اول)، تقسیمات حق در حقوق خصوصی (فصل دوم)، تقسیمات حق در حقوق عامه و حقوق بین الملل (فصل سوم) و انتقال و زوال حق (فصل چهارم).

فصل اول: تعریف، مصادر و ارکان حق

تعریف حق، عناصر شاکله حق، منابع ای که حق از آن استخراج می شود یکی از بحث های چالش برانگیز در نظام حقوقی افغانستان است. لذا، در این فصل حق؟ (مبحث اول)، و منابع حق (مبحث دوم) و ارکان حق (مبحث سوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول) تعریف

حق که جمع آن حقوق است مصدر است و در لغت دارای معنی های متعدد است، چنانچه حق در لغت به معنی ثبوت به کار رفته است. همچنین حق به معنی نصیب و حصه نیز به کار رفته است. همچنین، حق در معنی حقیقت استعمال شده است.

همچنین، حق در لغت عرب به معنی تصدیق آمده است، چنانچه اعراب می گویند: حَقَّقَهُ، یعنی: او را تصدیق کرد. حق همچنین به معنی سلطه، مکنت (قدرت، نیرو، توانایی و توانگری)، اسمی از اسماء خداوند عز وجل و به قول برخی صفتی از صفات خداوند عز وجل، یقین، راستی، درستی، حقیقت، مزد، سزاواری و شایستگی است.^{۵۷۰}

۵۷۰. وهبة الزحيلي (___). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۲۸۳۸؛ ___ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۷؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفكر، ص ۹؛ مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۸۳۳؛ حسن عميد (۱۳۸۳). فرهنگ فارسي عميد، تهران: مؤسسه انتشارات امير كبير، ص ۵۲۶؛ عبدالكريم زيدان (۱۳۸۷). حقوق و تكاليف زن در اسلام، مترجم: سهيلا رستمى، چاپ اول، تهران: نشر احسان، ص ۲۵؛ محمد معين (۱۳۸۲). فرهنگ فارسي يکجلدى، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرايش، ص ۳۹۹؛ و علي محي الدين القره داغي (۱۴۰۳ ق). المقدمة في المال، والاقتصاد والملكية والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۲۲۲.

علاوه بر این برخی از معانی دیگر در لغت نامه دهخدا برای حق ذکر شده است، از جمله: راست کردن سخن، درست کردن وعده، یقین نمودن، ثابت شدن، غلبه کردن به حق و موجود ثابت. فرهنگ المنجد نیز برای واژه «حق» چند معنای دیگر ذکر می کند که برخی از آن از این قرار است: مال و ملک و سزاوار.

گفتار اول) تعریف فقهی

فقهاء و اصولیین از نظر اصطلاحی تعاریف متعدد برای حق ارایه کرده اند. برخی فقهاء حق را بر مبنای معنی لغوی آن به کار برده و آن را بر هر چیزی اطلاق کرده اند که با ثبوت شرعی ثابت باشد؛ یعنی آنچه به حکم شرع و اقرار آن به اثبات رسیده و به سبب آن اثبات، پشتوانه شرعی هم دارد. بر این اساس، برخی فقهای اهل حدیث، حق را چنین تعریف نموده اند: «حق آن است که با بیان شارع به اثبات رسیده و شارع از آن پشتیبانی کرده باشد.»^{۵۷۱} بخش اول این تعریف که تصریح می نماید حق آن است که با بیان شارع به اثبات رسیده باشد بسیار مبهم و کلی و محل ایراد به نظر می رسد.

برخی علمای اصول به صورت عام در تعریف حق می گویند: «به وحی الهی و اوامر پیامبر ﷺ حق گویند.»^{۵۷۲} این تعریف بسیار مبهم و کلی است و بیانگر ماهیت حق به نظر نمی رسد. برخی دیگر نیز می گویند: حق عبارت از حکم است و حکم عبارت از خطاب شارع به روش اقتضاء یا تخییر یا وضع که به افعال مکلفین تعلق می گیرد.

مقصود از افعال مکلفین که خطاب شارع به آنها تعلق می گیرد، یا برای دستیابی به مصلحت عمومی است یا مصلحت خاص. چنانچه از دسته نخست (مصلحت عام) باشد، جزو حق الله و اگر از دسته دوم (مصلحت خاص) باشد، جزو حق الناس به شمار می آید. البته، گاهی هر دو حق (حق الله و حق الناس) در امری واحد جمع می شوند که گاهی حق الله غالب است و گاهی نیز هر دو در چیزی جمع می شوند که حق الناس در آن غالب است. بر این اساس، حق به چهار دسته تقسیم می شود که عبارت اند از:

۱) حق الله: آنچه سودش به همگان می رسد و به شخص خاص اختصاص داده نشده است. به همین دلیل و به سبب ارزش و اعتبار والا و فراگیر بودن منفعت آن، مانند: عبادات و جهاد به خداوند ﷻ نسبت داده شده است.

۲) حق الناس: آنچه به مصلحتی خاص تعلق دارد، مانند: حرمت خوردن مال دیگران و ضمانت جبران چیزهای تلف شده.

۳) اموری که دو حق در آن جمع شده و حق الله در آن برتر است را نیز چنین تعریف نموده اند. آنچه هدف از آن به دست آوردن دو مصلحت است، اما قصد دست یابی به مصلحت همگانی قوی است،

۵۷۱. عبدالکریم زیدان (۱۳۸۷). حقوق و تکالیف زن در اسلام، مترجم: سهیلا رستمی، چاپ اول، تهران: نشر احسان، ص ۲۵.
۵۷۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۳۴.

مانند: حد قذف، یا عقوبت گناه قذف، زیرا این عقوبت سبب زجر مردم می شود و از ارتکاب آینده آن جلوگیری به عمل می آورد و به این ترتیب، منفعتش به عموم مردم می رسد. در عین حال، حد قذف مصلحت خاصی نیز دارد و آن پاک شدن لکه های ننگ و عار از دامن مقذوف است که پاکی او پس از اجرای حکم قذف آشکار می شود. باوجوداین، در این حق، حق الله غالب است.

۴) اموری که دو حق در آن جمع شده و حق الناس غالب است، مانند: قصاص در جرم قتل عمد. در قصاص دو مصلحت نهفته است: مصلحت عمومی به سبب کارکرد بازدارنده آن و مصلحت خاص که باعث آرامش خاطر اولیای مقتول می گردد. در قصاص، مصلحت خانواده مقتول غالب است.^{۵۷۳} این تعریف دقیق به نظر نمی رسد. زیرا، میان حق و حکم تفاوت وجود دارد: حکم عبارت از خطاب شارع و حق عبارت از اثر مرتب بر خطاب است.

بسیاری از فقهاء از حق به اعتبار موضوع آن تعریف کرده اند، چنانکه برخی فقهاء گفته اند که: «حق حکم ثابت شرعی است».^{۵۷۴} این تعریف ناقص است. زیرا، این تعریف تمام چیزهای را که لفظ حق بر آنها اطلاق می گردد، در بر نمی گیرد.

به عنوان مثال، بر مال مملوک حق اطلاق می گردد. در حالی که، مال مملوک حکم نیست و صرف خود ملک حق است. همچنین، حق بر وصف شرعی مانند: حق ولایت، حضانت و خیار، و بر حقوق ارتفاع از قبیل: حق مسیل، مجری و مرور و نیز بر آثار مرتب بر عقد نیز حق اطلاق می گردد. برخی از فقهای معاصر از جمله استاد شیخ علی خفیف که از استادان شناخته شده عصر معاصر فقه اسلامی است و نیز داکتر محمد یوسف موسی در تعریف حق می گویند که: «حق منفعتی است که بر مبنای شریعت به استحقاق برده می شود».^{۵۷۵}

این تعریف نیز ناقص به نظر می رسد. زیرا، آنچه در این تعریف مطمح نظر است، غایه و هدف حق است، نه ذات و حقیقت آن در حالی که در تعریف یک امر تعریف ماهیت آن ضروری است. تعریف جامع ای که از حق تا به حال در فقه صورت گرفته است، تعریفی است که استاد مصطفی احمد الزرقاء از حق ارایه نموده و گفته است: «حق اختصاصی است که شریعت به واسطه آن سلطه و تکلیف می دهد».^{۵۷۶}

این تعریف عام است. زیرا، این تعریف شامل حقوق دینی، مانند: حق خداوند ﷻ بر بندگان از قبیل: روزه، نماز و غیره، و حقوق مدنی مانند، حق تملک، حقوق اخلاقی، مانند: حق اطاعت فرزند از والدین، زوجه از زوج، حقوق عامه، مانند: دفع جرایم، امر به معروف و نهی از منکر، نشر دین و دعوت و نظیر این

۵۷۳. _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، صص ۸ و ۹.

۵۷۴. «الحق هو الحكم الثابت شرعاً».

۵۷۵. «الحق هو مصلحة مستحقة شرعاً».

۵۷۶. «الحق هو اختصاص يقرر به الشرع سلطه او تكليفاً».

ها، حقوق مالی، مانند: حق نفقه و حقوق غیرمالی، مانند: حق ولایت بر نفس می گردد. همچنین، در این تعریف ماهیت حق که عبارت از رابطه اختصاصی به شخص معین است بیان گردیده است، مانند: حق بایع در ثمن که این حق به وی اختصاص یافته است. زیرا، در صورتی که رابطه اختصاصی مربوط به شخص نباشد، حق نیست، بلکه اباحه عامه است، مانند: شکار حیوانات وحشی، استفاده از هیزم جنگل، استفاده و تمتع از تأسیسات عامه که حق نه، بلکه رخصت عمومی (اباحه) نامیده می شود.

سلطه نیز طبق این تعریف دو نوع است: سلطه شخص بر شخص و سلطه شخص بر شی: سلطه شخص بر شخص مانند: حق ولایت بر نفس، که ولی این سلطه را اعمال و مولی علیه قاصر را تأدیب، تعلیم، تزویج و غیره می نماید و مانند: حق حضانت بر طفل صغیر که حاضنه و یا حاضن این سلطه را بر محضون صغیر یا صغیره اعمال می نماید.

اما، تکلیف دائماً بر عهده انسان است که این تعهد یا شخصی است، مانند: قیام به اجرای عملی که تعهد نموده است یا مالی است، مانند: وفای دین توسط مدیون که پرداخت آن را به داین تعهد نموده است. همچنین، طبق این تعریف، مصدر حق شرع است. بنابراین، اقرار شرع در انشای اختصاص که منتج به ایجاد سلطه و تکلیف می گردد شرط است. پس، آنچه به آن شرع اقرار نموده باشد، حق است و آنچه به آن اقرار ننموده باشد، حق نیست.^{۵۷۷} عبارت تکلیف در این تعریف محل ایراد به نظر می رسد زیرا حق افراد موجب ایجاد تکلیف برای دیگران اعم از فرد و دولت می شود اما خود حق از تکلیف نیست.

گفتار دوم) تعریف حقوقی

در مورد تعریف اصطلاحی حق در حقوق تعاریف گوناگون ذیل وجود دارد:

۱) **تعریف اول:** «حق» عبارت است از: قدرت یا سلطه ارادی که قانون در اختیار شخص قرار می دهد. این تعریف از سوی ویند شاید (Windscheid) و ساوینی (Savigny) ارائه شده است. دلیل آنان این است که قانون در تنظیم روابط اجتماعی افراد با یکدیگر، چهارچوب های خاصی را تعیین می کند و هر یک از افراد در این محدوده، اراده خویش را اعمال می کنند و اساساً در این چهارچوب است که «حق» ایجاد می شود. در این تعریف، از قدرت ارادی سخن به میان آمده است، در حالی که افرادی مانند مجنون، اطفال و سفیه فاقد اراده عقلایی هستند. لازمه تعریف مزبور آن است که این افراد از «حق» بی بهره باشند.

ممکن است گفته شود که قانون از طریق «ولی» یا «نایب» این نقیصه را جبران ساخته است، ولی باید گفت: حق آن است که بالاصاله و نه از طریق ولی یا نایب باشد. به عبارت دیگر، مجنون و صبی نمی

۵۷۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۳۸ و ۲۸۳۸؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقہی العام، جلد (۳)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۱۰-۱۴.

توانند مباشرةً ایفای حق نمایند.^{۵۷۸} همچنین، براساس این تعریف حق برای اشخاص بدون اراده آنها ثابت نمی‌شود؛ در حالی که گاهی اوقات حق برای افراد بدون اینکه اراده نمایند، ثابت می‌شود. به طور مثال، حق ارث، حق وصیت برای وارث و موصی له با اراده آنها ثابت نمی‌شود، بلکه در اثر موت مؤثر و موصی ثابت می‌شود. همچنین، حق برای جنین و شخص غایب بدون اراده آنها ثابت می‌شود. همچنین، طبق این تعریف اشخاص حکمی که فاقد قدرت ارادی اند، نباید از حق برخوردار شوند؛ حالانکه اشخاص حکمی نیز دارای حق‌های مانند حق اقامه دعوی، حق داشتن نام، تابعیت، اقامتگاه و امثال اینها اند.^{۵۷۹}

(۲) تعریف دوم: «حق عبارت از مصلحتی است که قانون از آن حمایت می‌کند.» این تعریف از سوی یکی از حقوق دانان آلمانی به نام اهرنج (Ihering) ارایه شده است.^{۵۸۰} این تعریف از جهات مختلف مورد انتقاد قرار گرفته است:

۱- طبق این تعریف حمایت قانونی جزء تعریف و یکی از عناصر متشکله آن است؛ به این معنی که: هیچ حقی تشکیل نمی‌شود مگر اینکه مورد حمایت قانون قرار بگیرد. این تعریف ناقص به نظر می‌رسد، زیرا حمایت قانونی عنصر تشکیل دهنده حق نیست بلکه بعد از ثبوت حق و تکوین آن به وجود می‌آید. به عبارت دیگر: نخست حق در اثر تحقق عناصرش تحقق می‌یابد. سپس، دعوی قضایی طرح می‌شود و سپس از حق حمایت می‌شود.

۲- از نقطه نظر منطقی زمانی که یک پدیده تعریف می‌شود، باید حقیقت و ماهیتش تعریف شود؛ در حالی که طبق این تعریف، حق نظر به ماهیت آن تعریف نشده است، بلکه نظر به غایت آن تعریف شده است، زیرا نفع هدف حق است که بعد از ثبوت حق متحقق می‌شود نه طبیعت و ماهیت حق.

(۳) تعریف سوم: «حق عبارت از قدرت ارادی است که قانون در اختیار شخص قرار داده است و از این طریق، مصلحت معینی را ایجاد می‌کند.» در این تعریف، سعی شده است بین «قدرت ارادی» و «مصلحت» جمع شود. باید گفت: همان طور که هیچ یک از قدرت ارادی و مصلحت به تنهایی جوهر و ذات حق نیستند، جمع بین آن دو نیز بیان کننده جوهره حق نیست.

(۴) تعریف چهارم: «حق عبارت از امتیازی است که قانون در اختیار شخص قرار داده است و آن را از طرق گوناگون تضمین کرده است.» این تعریف از سوی یکی از حقوق دانان بلژیکی به نام دابین (Dabin) بیان شده است. بیان مزبور اشکالات تعاریف سابق را ندارد. از این رو، مورد قبول عده ای

۵۷۸. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، جلد (۳)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۴۲۱ و ۴۲۲.

۵۷۹. داد محمد نذیر (۱۳۸۹). مبادی علم حقوق، جلد (۲)، چاپ اول، کابل: انتشارات رسالت، صص ۵ و ۶.

۵۸۰. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، جلد (۳)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۴۲۱ و ۴۲۲.

دیگر از حقوق دانان قرار گرفته است. با این حال، تعریف مزبور کامل نیست و تنها به بخشی از ماهیت حق، یعنی «امتیاز» توجه کرده است.

۵) **تعریف پنجم:** داکتر کاتوزیان در تعریف حق می گوید که: «حق توانایی است که حقوق هر کشور به اشخاص می دهد تا از مالی به طور مستقیم استفاده کند یا انتقال مال و انجام دادن کاری را از دیگری بخواهد.»^{۵۸۱} این تعریف نیز ناقص به نظر می رسد، زیرا این تعریف از دیدگاه حقوق خصوصی به حق ارایه شده و ناظر بر توانایی شخص در برابر شخص و شی است که به اولی حق دینی و به دومی حق عینی می گویند.

۶) **تعریف ششم:** داکتر سنهوری در تعریف حق می گوید که: «حق عبارت از مصلحت دارای قیمت مالی است که توسط قانون حمایت می شود.»^{۵۸۲} این تعریف نیز ناقص به نظر می رسد و صرف شامل حق عینی می شود و حق شخصی را در بر نمی گیرد. همچنین، طبق این تعریف مصدر حق قانون است، نه شرع، در حالی که در فقه مصدر حق شرع است.

۷) **تعریف هفتم:** داکتر لنگرودی در تعریف حق می گوید که: «حق عبارت از توانایی است که شخص بر چیزی و یا بر کسی داشته باشد.»^{۵۸۳} این تعریف نیز ناقص به نظر می رسد، زیرا صرف حق دینی و عینی را در بر می گیرد. از آنچه گفته شد، به این نتیجه می رسیم که: نقص عمده این تعاریف این است که این تعاریف اساساً از دید حقوق خصوصی به حق ارایه شده است. بنابراین، حق بشر، حق اساسی، حق شهروندی، اقتصادی، اجتماعی و... را در بر نمی گیرد. به عنوان مثال، در حقوق بین الملل یکی از مباحث عمده حق های بشر است. در حوزه حقوق عامه نیز یکی از مباحث عمده حق های اساسی اتباع هر کشور است.

پرسش این است آیا می توان ادعا کرد که حق بشری نیز نفع و توانایی است که قانون به اشخاص اعطا می نماید؟ آیا می توان ادعا کرد که حق اساسی حقی است که شخص در برابر شخص دیگر یا شی دیگر دارد؟ پاسخ این پرسش ها بدون شک منفی به نظر می رسد.

در نتیجه، ابتداء به حق باید یک تعریف کلی و جامع ارایه کرد که هم مورد توافق و پذیرش حقوقدانان بین الملل، هم حقوقدانان عامه و هم حقوقدانان خصوصی باشد. نقص دیگر این تعاریف این است که این تعاریف صرف شامل اشخاص حقیقی می شود و اشخاص حقوقی را در بر نمی گیرد؛ در حالی که امروزه اشخاص حکمی از صاحبان مهم حق در حوزه های مختلف حقوق اعم از ملی و بین المللی اند. به نظر

۵۸۱. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۴۹.

۵۸۲. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۰ م). مصادر الحق، جلد (۱)، چاپ دار احیاء التراث العربی، بیروت، لبنان، ص ۱۹.

۵۸۳. محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۳)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه شماره ۶۵۸۹.

می رسد «حق عبارت از امتیاز، توانایی، اجازه، سلطه و نفعی است که برای اشخاص حقیقی و حکمی توسط قواعد حقوقی اعطاء و مورد حمایت قانون قرار می گیرد.» طبق این تعریف:

۱- حق از سنخ توانایی، امتیاز، سلطه و نفع است که اشخاص حقیقی و حکمی در برابر اشخاص، اشیاء و امور در حوزه های مختلف حقوق اعم از ملی و بین المللی دارند؛

۲- موضوع حق نیز نفع، امتیاز، سلطه و توانایی است که نه تنها توسط قانون، بلکه توسط قواعد حقوقی به اشخاص حقیقی و حکمی اعطاء می گردد؛

۳- این نفع، سلطه، امتیاز و توانایی توسط قواعد حقوقی مورد حمایت قرار می گیرد و این حمایت قانونی، موجب تمیز حق حقوقی از حق اخلاقی می شود؛

۴) صاحب حق شخص اعم از حقیقی و حکمی است. بنابراین، طبق این تعریف حق مختص به اشخاص حقیقی نیست؛ و

۵- منبع حق قواعد حقوقی است که به طور کلی توسط قوه قانونگذار در حقوق داخلی و دولت ها در حقوق بین الملل وضع می شود؛ و

۶- طبق این تعریف حق گاهی امتیاز است، مانند: حق انتخاب کردن و انتخاب شدن، حق کار، گاهی سلطه و توانایی است، مانند: توانایی و سلطه شخص بر شخص در حق دینی و شخص بر شی در حق عینی. گاهی نیز حق نفع است، مانند: نفع شخص در حق مالی. همچنین، حقی که اولیاء به ترتیب ابوت، اخوت، عمومت و بنوت بر مولی علیه و مادر و سایر حواضن بر طفل دارند، از سنخ سلطه است.

از آنچه گفته شد چنین نتیجه گرفته می شود که: فقهاء و حقوقدانان حق را با توجه به منشأ و موضوع آن تعریف نموده و فقهاء آنچه را خداوند ﷻ به انسان اعطا کرده حق می دانند و حقوقدانان آنچه را قانون اعطاء و مورد حمایت قرار داده حق می دانند. پس، تعریفی عامی که بتوان به حق ارایه کرد که متناسب به نظام حقوقی افغانستان که مختلط است باشد، که حقوق الهی، حقوق طبیعی و حقوق موضوعه را در بر بگیرد این است که: حق عبارت از امتیاز، سلطه، نفع، اجازه، قدرت و اجازه ای است که توسط شرع، حقوق و طبیعت برای شخص حقیقی و حکمی نسبت به اشیاء، اشخاص دیگر و اجتماع اعطاء گردیده و مورد حمایت قرار گرفته است.

این تعریف که منبع آن شریعت، حقوق و طبیعت است هم شامل حق عینی، مانند: سلطه شخص بر شی، هم شامل حقوق شخصی، مانند: رابطه داین با مدیون و نیز سایر حقوقی که شخص در اجتماع دارد، مانند: حق اساسی، از قبیل رأی دادن، انتخاب شدن، حق کار و حق تمتع از خدمات عامه و غیره می گردد. طبق این تعریف، حق امتیاز، سلطه، نفع، قدرت، توانایی، اجازه و نظیر اینها است. موضوع حق، اشخاص است. شخص هم یا حقیقی است و یا حکمی.

گفتار سوم) تعریف طبیعی

حق های طبیعی را در برابر حق های موضوعه (Legal rights) استعمال می نمایند. همانطور که حقوق طبیعی در مفهوم مجموعه قواعد در مفهوم (Natural law) استعمال می شود که تفصیل آن در بخش اول این کتاب گذشت، در مفهوم جمع حق نیز استعمال می شود.

در این مفهوم به حقوق طبیعی در انگلیسی (Natural rights) می گویند. قایلین به حقوق طبیعی در تعریف آن می گویند: حق های طبیعی حق هایی اند که طبیعی اند؛ به این مفهوم که این حق ها مصنوعی و یا موضوعه نیستند مانند حق هایی که از منطق، طبیعت انسان و یا حکم خدا اقتباس و گرفته می شوند. این حق ها به دلیل این که مربوط همگان می شوند و مقتبس از حقوق کشور خاص نیستند، جهانی اند. این حق ها نسبت به هر فرد ذاتی و غیرقابل سلب اند مانند حق حیات. این حق ها را گاهی حق هایی لایتجزا از انسان، ذاتی و محروم نشدنی می نامند.^{۵۸۴}

همانطور که حقوق طبیعی مورد انتقاد قرار گرفته است، حق های طبیعی نیز محل انتقاد است، زیرا نخست اگر این حق ها ناشی از حکم خداوند ﷻ باشد، به آن حق الهی می گویند، دوم این که مصادیق این حق ها بسیار واضح و روشن نیست و سوم این که این نظر قایلین به حقوق طبیعی که معتقد اند منبع حق هایی طبیعی، طبیعت و ذات انسان است و این حق ها با عقل انسان قابل کشف اند این امکان را برای همه افراد فراهم می نماید تا خود را در جای قانونگذار و شارع قرار داده و بگویند کدام حق ها طبیعی و کدام حق های غیرطبیعی اند. برعکس، حق های موضوعه، حق هایی اند که براساس قوانین، عرف و ... برای یک تبعه وجود دارد، مانند حق رأی.^{۵۸۵}

مبحث دوم) مصادر

بسیاری از حقوقدانان در نظم حقوقی افغانستان با توجه به ماده ۴۹۲ ق. م. ا که می گوید: «منابع حق عبارت از عوامل حقوقی ای است که حق را به وجود آورده و مشتمل بر تصرف حقوقی و حادثه حقوقی می باشد» بر این نظر اند که منابع حق تصرفات و حوادث حقوقی است. این نظر محل ایراد به نظر می رسد، زیرا نخست این که در این ماده به عوض کلمه تعهد «حق» ذکر گردیده است که محل ایراد است و دوم این که در بسیاری از نظام های حقوقی از جمله نظام حقوقی افغانستان تصرفات حقوقی (اعمال حقوقی) و حوادث حقوقی منبع تعهد (وجوبه/ حق شخصی) است.^{۵۸۶}

به نظر می رسد حق نه در شرع و نه در حقوق امر تکوینی است. به عبارت دیگر: حق یک امر تشریحی است که در شرع توسط خداوند ﷻ به اشخاص اعم از حقیقی و حکمی و در حقوق توسط قوای قانونگذاری از طریق قواعد حقوقی اعطا می گردد. در نتیجه، اگر احیاناً شخصی در جزیره به تنهایی

584 . <http://en.wikipedia.org/wiki/Rights> (Last visit: 21, April, 2015).

585 . Ibid, (Last visit: 21, April, 2015).

۵۸۶ . جهت مطالعه مفصل در این زمینه ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۶). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق وجایب (۱)، چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید.

زندگی نماید و تابع هیچ مملکت و پیرو هیچ دینی نباشد، نمی توان حقی برای او قایل شد. برای این که شخص مستحق حق شناخته شود، اول باید دینی را بپذیرد و یا تابعیت یک مملکتی را به دست آورد. حق های بشری نیز، چنانچه تفصیل آن خواهد آمد، حق تکوینی نیست، بلکه تشریعی است و در اعلامیه جهانی حقوق بشر پیش بینی شده است. چون این اعلامیه فاقد ضمانت اجرای حقوقی است، حق های بشر در میثاق های بین الملل مانند میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ و میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ۱۹۶۶ که در واقع دو معاهده بین المللی و بر کشور های که به این معاهدات ملحق شده اند، قابل تطبیق است.

در نتیجه، به نظر می رسد بشر حق ذاتی ندارد، مگر حقی که توسط شرع و قواعد حقوق برای او اعطا شده است مگر این که قایل به حق های طبیعی شویم. در این صورت، اشخاص طبیعتاً دارای یک سلسله حق ها مانند حق حیات، حق تنفس، حق استراحت و نظیر اینها اند. در شرع به ویژه شریعت اسلام فرد نه تنها از وقت تولد، بلکه از زمان تشکیل جنین دارای برخی حقوق مانند: حق دریافت موقوفه، حق وصیت، ارث و ... شناخته می شود. در نتیجه، حق پدیده متحول است. علاوه بر متحول بودن، حق پدیده نسبی است و مصادیق آن از مملکتی تا مملکتی دیگر متفاوت است. به طور مثال، تعدد زوجات در اکثر کشور های اسلامی حق مردان است؛ در حالی که تعدد زوجات در ممالک اروپایی مانند آلمان جرم است.

برعکس، همجنسگرایی در برخی ممالک اروپایی مانند آلمان و برخی ایالت های ایالات متحده آمریکا مثلاً ماسوچست حق همجنسگرا ها است، در حالی که در ممالک اسلامی جرم است. برخی حق ها در اکثر کشور ها حق است، مانند: حق داشتن وکیل مدافع. برعکس، برخی حق های دیگر، در کشور های حق است، اما در برخی کشور ها اصلاً وجود ندارد. به عنوان مثال، پدیده آزادی بیان در کشور های دموکراتیک حق است، اما در کشور های استبدادی چنین حقی اصلاً وجود ندارد. برخی حق ها نظر به زمان ها متفاوت بوده است.

به حیث مثال، بردگی در گذشته حق بوده است، اما امروزه بردگی حق نیست. بنابراین، حق پدیده متحول، نسبی، مکانمند، زمانمند، قابل اعطاء، سلب و تحدید است. از آنچه گفته شد، چنین نتیجه گرفته می شود که: حق از نظر منبع دو نوع است: حق الهی و حق وضعی. به نظر می رسد حق بشری نیز حق وضعی است.^{۵۸۷} با توجه به آنچه گفته شد، پرسشی که مطرح می گردد این است که: منبع حق در نظام های حقوق الهی و نظام های حقوق وضعی چیست؟ پاسخ این پرسش را در ذیل مورد بحث قرار می دهیم:

گفتار اول) در فقه

در حقوق اسلام، شارع یگانه منبع ای حق است. زیرا، شریعت گاهی مصدر مستقیم حقوق بدون اینکه این حقوق متوقف بر وجود سایر مصادر باشد، می گردد، مانند: امر به عبادات مختلفه از قبیل: نماز، روزه، پرداخت زکات و حج، امر به انفاق بر اقارب، نهی از جرائم و محرمات و اباحه طیبات از خوردنی ها که در چنین حالات شرع مصدر مستقیم حقوق مزبور است.

گاهی نیز شارع حقوق و احکام خاص را بر اعمالی که مردم آن را اجراء می نمایند، ایجاد می نماید، مانند: عقد ازدواج که موجب پرداخت نفقه توسط زوج به زوجه و توارث زوجین از همدیگر می گردد، و مانند: عقد بیع که موجب ایجاد حق دریافت ملک برای مشتری و از ثمن برای بایع می گردد؛ و غصب که سبب پرداخت ضمانت توسط غاصب به مغضوب منه می گردد؛ که در چنین حالات عقد و غصب سبب مباشر و مستقیم حق و شرع اسباب و مصادر غیر مستقیم حق تلقی می گردند.^{۵۸۸} در نتیجه حق در فقه اسلامی دارای دو مصدر است: مصدر مستقیم و مباشر و مصدر غیر مستقیم که مصدر مستقیم آن اراده شارع و مصدر غیر مستقیم آن وقایع و حوادث شرعی است.

گفتار دوم) در حقوق

اما، در حقوق موضوعه مصدر حق قواعد حقوقی است. قواعد حقوقی یا قواعد قانون اساسی، یا قواعد قانون عادی و یا قواعد ناشی از مقررات، لوایح و طرز العمل ها است. براساس اصل حاکمیت مردم (ماده ۴ ق. ۱) مردم از طریق ایجاد قوه مؤسس (لویه جرگه در افغانستان) به وضع قانون اساسی می پردازند. قانون اساسی حاوی دو گونه قواعد است: قواعد مربوط به حقوق و آزادی های اساسی اتباع و قواعد مربوط به تشکیلات و وظائف قوای تأسیسی (قوای مقننه، مجریه و قضائیه). قوای تأسیسی به ویژه قوه مقننه (شورای ملی) که منتخب مردم است به وضع قوانین عادی می پردازد.

قوه مجریه نیز در موارد خاصی می تواند مقررات، لوایح و طرز العمل ها مطابق قانون اساسی وضع نماید. بنابراین، در حقوق موضوعه مصدر حق براساس نظریه حاکمیت مردم، خود مردم اند که از طریق قانون اساسی و قوانین عادی برای خویش حق اعطا می نمایند. بنابراین، در حقوق موضوعه، حق ها ناشی از قوه مؤسس و قوه قانونگذاری است که هر دو براساس اصل حاکمیت مردم برآمده از رأی مردم اند. این مثال در حقوق موضوعه، بیشتر در حقوق ملی صادق است. در حقوق بین الملل، حق ها برآمده از معاهدات بین المللی، عرف و عادات بین المللی، اصول کلی حقوق و رویه قضایی بین المللی که این منابع را نیز دولت ها و سازمان های بین المللی که دولت ها برآمده از سازمان های بین المللی برآمده از دولت ها اند، به وجود آورده اند.

۵۸۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۵۵؛ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیة، صص ۱۱ و ۱۲.

از آنچه در مورد منابع حق گفته شد، چنین نتیجه گرفته می شود که: انسان ذاتاً دارای حق نیست مگر این که قایل به حق های طبیعی شویم. در شرع، حق به انسان توسط شارع و در حقوق توسط قوای قانونگذاری از طریق قواعد حقوقی اعطاء می گردد. پس، به عنوان نتیجه می توان گفت که: «هیچ حقی برای شخص وجود ندارد مگر حقی که شارع حکیم در شریعت و در حقوق موضوعه قوای قانونگذاری از طریق قواعد حقوقی به شخص اعطا کرده باشد». استثنای این نتیجه، حق های طبیعی به نظر طرفداران این مکتب است. از همین جهت، مصادیق حق برحسب نوع نظام حقوقی متفاوت می شود که در ذیل به برخی مثال های آن اشاره صورت می گیرد:

- ۱) در نظام حقوق اسلامی جنین دارای حق حیات، حق ارث، حق وصیت و ... است؛ در حالی که در حقوق اروپایی چنین نیست و حتی سقط جنین جواز دارد.
 - ۲) همجنسگرایی در حقوق برخی کشور های اروپایی مانند آلمان و برخی ایالت های ایالات متحده آمریکا مانند ماسوچست حق همجنسگراها است؛ در حالی که همجنسگرایی در نظام حقوقی اسلامی و ممالک اسلامی جرم تلقی می شود.
 - ۳) در نظام های پیرو حقوق اسلامی تعدد زوجات با رعایت برخی شرایط حق مردان است؛ در حالی که تعدد زوجات در برخی ممالک اروپایی مانند آلمان جرم پنداشته می شود.
 - ۴) تبنی (فرزند خواندگی) در نظام حقوق اسلامی حرام است؛ در حالی که طبق کنوانسیون حقوق اطفال، تبنی حق والدین بدون طفل است.
 - ۵) طبق اعلامیه جهانی حقوق بشر، تغییر دین حق هر انسان است؛ در حالی که تغییر دین (از اسلام به دین دیگر و یا هیچ دینی) در حقوق اسلامی جرم پنداشته می شود.
 - ۶) در نظام حقوق اسلامی طلاق حق مرد است؛ در حالی که طبق اعلامیه جهانی حقوق بشر و حقوق اکثر کشور های غیر اسلامی طلاق حق مرد و زن است.
 - ۷) در نظام حقوق اسلامی و پیرو آن افغانستان تفریق قضایی حق زن و خلع حق زن و مرد است؛ در حالی که در سایر نظام های حقوقی چنین حقی اصلاً وجود ندارد. از آنچه گفته شد، چنین نتیجه گرفته می شود که: حق نفع، امتیاز، توانایی و سلطه است که در شرع توسط خداوند ﷻ در حقوق توسط قواعد حقوقی اعطا می شود و به نظر می رسد انسان طبیعتاً موجود محق نیست. باید اضافه نمود که: حق امری نیست که صرف توسط قانون اعطا و حمایت شود. در بعضی اوقات امکان دارد، حق توسط سایر قواعد حقوقی مانند: رویه قضایی، عرف و اصول کلی اعطا و حمایت شود:
- ۱- قواعد عرفی: إطعام مستاجر در عقد اجاره در افغانستان هر چند در عقد اجاره نیز تصریح نگردد، به موجب عرف به اجیر توسط مؤجر اعطا می گردد. در صورتی موجد از إطعام اجیر امتناع ورزد، اجیر می تواند در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید، زیرا در این مورد قاعده فقهی و حقوقی وجود دارد که: آنچه در عرف معروف باشد، مانند این است که شرط شده باشد.

۲- قواعد ناشی از رویه قضایی: حق تکفل اجتماعی، حقی است که توسط متحده‌المآل ستره محکمه به اشخاص اعطا گردیده است.

۳- اصول کلی حقوق: مانند: حق بری الذمه شناخته شدن افراد توسط قانون. البته، موارد عرف، رویه قضایی و اصول کلی بسیار نادر و استثنایی اند و بیشتر حق ها توسط قواعد ناشی از قوانین به طور عام اند.

مبحث سوم) ارکان

ارکان جمع رکن است و رکن در لغت به معنی جزء بزرگتر و قوی تر يك چیز، عضو عمده، آنچه که به آن قوت گیرند و تکیه دهند و پایه و ستون است،^{۵۸۹} و در اصطلاح رکن امری است که وجود شی متوقف بر آن، و جزء حقیقت شی و داخل در شی باشد، مانند: قرائت، قیام، رکوع و سجده که ارکان نماز است.^{۵۹۰} پس، رکن به اجزای عمده ای یک پدیده گویند. چنانچه در فصل دوم خواهیم دید، حق به انواع مختلف تقسیم می شود که هر کدام دارای ارکان خاص اند. اما، به طور کلی، می توان گفت که حق دارای چهار رکن است:

گفتار نخست) اعطا کننده حق

اعطا کننده حق که در حقوق الهی خداوند تعالی است و در حقوق موضوعه قوه مؤسس و قوه قانونگذاری و در سطح بین الملل دولت است که حق را به اشخاص اعم از حقیقی و حکمی از طریق قواعد حقوقی، معاهدات بین المللی و رویه های قضایی اعطا می نمایند. به نظر طرفداران حقوق طبیعی، طبیعت هم یکی از منابع حق ها است. بنابراین، اعطا کننده حق یا شریعت است یا حقوق (Law) یا هم طبیعت.

گفتار دوم) صاحب حق

مراد از صاحب حق کسی است که حق متعلق به اوست. صاحب حق نظر به حقوق دینی و سایر حقوق فرق می نماید. صاحب حق در حقوق دینی (حق الله) خداوند تعالی است. منظور از حق الله در فقه اسلامی، حق اجتماع است. پس، صاحب حق در حقوق دینی اجتماع است. صاحب حق در سایر حقوق اشخاص طبیعی (انسان) و حکمی است که به صورت خیلی مختصر مورد بحث قرار می گیرد:

۱) شخص حقیقی:^{۵۹۱} شخص در همه جا به يك معنی به کار نمی رود و در رشته های مختلف علمی دارای معانی متفاوت است، چنانچه شخص در لغت به معنی آدمی و انسان است که جمع آن

۵۸۹. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۶۵۷؛ و مسعود انصاری و محمد علی

طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۰۳۹.

۵۹۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۹۳۰ و ۳۰۷۹.

591. Natural person.

اشخاص، اشخص و شخوص نیز می باشد.^{۹۲} ولی، از نظر حقوقی، شخص موجود است که دارای حق و تکلیف است.^{۹۳} به عبارت دیگر: کس یا چیزی که موضوع حق قرار گیرد، مانند: انسان، شرکت های تجاری، انجمن ها و دولت شخص نامیده می شود.^{۹۴} همچنین، از نظر حقوقی، به موجودی که از شخصیت حقیقی یا حقوقی برخوردار باشد شخص می گویند.^{۹۵} شخص حقیقی که آن را انسان و شخص طبیعی نیز می نامند از نظر حقوقی به هر انسان با در نظر گرفتن چنان وضعیتی که قانون برای او در نظر گرفته است، شخص طبیعی گفته می شود.

به عبارت دیگر: شخص انسان که قانون او را برای وجوب و استیفای حق اهل دانسته باشد، شخص طبیعی گفته می شود.^{۹۶} بنابراین، شخص طبیعی افراد انسانی را گویند که موضوع حق و تکلیف قرار می گیرند.^{۹۷} اما، شخصیت از حقوق اروپائی گرفته شده است که به معنی ذات هر شخص، خلُق و خوی مخصوص هر شخص است.^{۹۸} به مفهوم مشخص تر: شخصیت از کلمه یونانی «persona» گرفته شده است و آن نقابی بوده که بازیگران نمایشنامه ها در روم بر چهره های خویش می زدند. این نقاب دهان باز داشت و با صفحه فلزی نازک که با صدای هنرپیشه طنین بیشتر می داد، رو پوش می شد. چون هر بازیگر نقش ویژه به عهده داشت، همینکه تماشاجی آن نقاب را می دید آن بازیگر را می شناخت.

از همین جهت، واژه «persona» مفهوم «نقش» و سهم را به خود گرفت. چون هر کسی در اجتماع سهم و نقشی دارد، این ویژگی به این مفهوم مسمی گردید. کلمه شخصیت در روانشناسی، جامعه شناسی و ... دارای مفهوم ویژه است.^{۹۹} ولی، از نظر حقوقی به حالت تشخص شخص از اینکه موضوع حقوق و تکالیف است شخصیت گویند.^{۱۰۰} به عبارت دیگر، شخصیت عبارت از صفت و شائستگی شخص است

۵۹۲. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۸۹۷؛ و محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۶۸۴.
۵۹۳. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۶.
۵۹۴. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۳۷۸.
۵۹۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۲۳.
۵۹۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۱۲۳.
۵۹۷. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۲۴۰؛ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۳۷۹.
۵۹۸. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۸۹۷؛ و محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۶۸۴.
۵۹۹. محمد حسین ساکت (۱۳۸۶). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ سوم، نشر انتشارات جنگل، جاودانه، ص ۵۷.
۶۰۰. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۳۷۹.

برای اینکه طرف و صاحب حق و تکلیف قرار بگیرد.^{۶۰۱} هر يك از افراد انسان در جامعه دارای شخصیت است و می تواند به وسیله آن دارای حق و تکلیف گردد و آن را اجراء نماید.

در ملل قدیمه برای همه افراد انسانی شخصیت قابل نبودند و عده ای از افراد بودند که به جهتی از جهات اجتماعی در قید بردگی در آمده و نسبت به آنان مانند اموال رفتار می شد؛ به این توضیح که: در ملکیت افراد دیگری بودند و مورد خرید و فروش قرار می گرفتند.

ولی، اکنون زمان بردگی سپری شده است و هر فردی دارای شخصیت است. کودکان و مجانین که دارای اراده و شعور نیستند از این موقعیت نیز بهره مند می باشند و در ردیف افراد کامل دارای شخصیت حقوقی هستند. ولی، اجرای آن به واسطه نایب قانونی آنها (ولی، وصی و قیم) صورت می پذیرد.^{۶۰۲} ماده ۴۲ ق. م در این باره تصریح می نماید که: «شخص ناقص الاهلیت و فاقد آن تابع احکام وصایت، ولایت و قوامت مطابق به شرایط و قواعد پیش بینی شده این قانون می باشند.»

(۲) شخص حکمی: اشخاص حقوقی به طور کلی به سه نوع تقسیم می شوند: اشخاص حکمی حقوق خصوصی:^{۶۰۳} اشخاص حقوق عمومی و اشخاص حقوق بین الملل:

(۱) شخص حکمی حقوق خصوصی: حقوقدانان می گویند: شخص حکمی حقوق خصوصی هنگامی پدید می آید که دسته ای از افراد، که دارای منابع و فعالیت مشترک هستند، یا برخی از اموال، که به اهداف خاصی اختصاص داده شده اند، در کنار هم قرار بگیرند و قانون آنها را طرف حق و تکلیف بشناسد و برای آنها شخصیت مستقلی قائل گردد، مانند: شرکت های تجارتي و مدنی، انجمن ها، موقوفات و امثال اینها.^{۶۰۴}

ماده ۳۳۷ ق. م. با اقتباس از تعریف حقوقدانان در تعریف شخص حکمی می گوید: «شخص حکمی، شخصیت معنوی است که واجد اهلیت حقوقی بوده و بنابر اهداف معین به شکل مؤسسه، شرکت یا جمعیت تشکیل می گردد.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که: شخص حقوقی، شخص معنوی است که از اجتماع گروهی از اشخاص طبیعی که غرض اجرای اهداف معین سیاسی، قضائی، اداری، تجارتي، اقتصادی، فرهنگی، ادبی، هنری، خیریه و ... ایجاد می گردد و توسط قانون طرف

۶۰۱ . سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۶؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۲۵.

۶۰۲ . سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیه، ص ۱۵۰؛ سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، صص ۶ و ۷.

۶۰۳ . در مورد اشخاص حقوق خصوصی، ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: اشخاص، چاپ چهارم، کابل: انتشارات سعید.

۶۰۴ . سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، صص ۱۴۶ و ۱۴۷.

حق و تکلیف قرار می گیرد، مانند: احزاب سیاسی، نهاد های فرهنگی، اجتماعی، ادبی، هنری، شرکت های تجارتي، رسانه ها و موقوفات.

۲) **شخص حکمی حقوق عمومی:** در پهلوی شخصیت های حکمی خصوصی، شخصیت هایی حکمی عامه نیز وجود دارد. شخصیت های حکمی عامه شخصیت های اند که بر خلاف شخصیت های حکمی خصوصی بر اساس اراده دولت ایجاد و منحل می گردند. ماده ۳۳۸ فقره ۱ ق. م در تعریف شخص حکمی عامه می گوید: «شخصیت حکمی عام شامل دولت، ارکان، ادارات فرعی یا شعبات مربوط به آن و تأسیسات عامه می باشد.».

از نص این ماده به خوبی بر می آید که شخصیت های حکمی عامه خود دولت، ارکان آن؛ یعنی: قوه مقننه (پارلمان)، قوه قضائیه (ستره محکمه)، قوه اجرائیه (حکومت) و هر اداره ای که در چهارچوب این سه رکن ایجاد گردد شخصیت حکمی عامه پنداشته می شود. علاوه براین ها، به موجب این ماده، هر تأسیس که غرض پیش برد امور مربوط به منافع عامه ایجاد گردد، شخصیت حکمی عامه پنداشته می شود. بنابراین، دولت و ادارات فرعی آن شخصیت حکمی عامه پنداشته می شود. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که بزرگ ترین شخص عمومی دولت است.

دولت در این معنی قدرت مرکزی است. بنابراین، دولت در این معنی از قوه مجریه شروع می شود که در رأس آن رئیس جمهور قرار دارد. اجزای این قدرت دارای شخصیت حقوقی مستقل نیست، بلکه دارای شخصیت حقوقی تابع است. بنابراین، وزارت صحت عامه، کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی، اداره ملی مبارزه با حوادث و امثال اینها شخص حقوقی تابع اند. در نتیجه، اموال این اشخاص متعلق به قدرت مرکزی است و رئیس جمهور می تواند اموال این ادارات را به وزارت و یا اداره دیگر منتقل کند. آثار ایجاد شخصیت حکمی عامه قرار ذیل است:

- ۱- شخص حقوقی دارای اموال مستقل از اعضای تشکیل دهنده آن است؛
- ۲- شخص حقوقی به طور مستقل صاحب حقوق و تکالیف می شود و می تواند به طور مستقل طرف دعوی قرار بگیرد و علیه اشخاص حقوقی و حقیقی دیگر اقامه دعوی نماید. وجه افتراق اشخاص حقوق خصوصی با حقوق عمومی قرار ذیل اند:

- ۱- هدف: اشخاص حقوق خصوصی برای تأمین منافع شخصی یا فردی ایجاد می شوند. نفع نیز می تواند مادی و یا معنوی باشد. معمولاً اشخاص حقوق عمومی برای تأمین منافع عامه ایجاد می شوند؛
- ۲- تفاوت در نظام حقوقی حاکم: اشخاص حقوق عمومی تابع قواعد حقوق عامه اند. برعکس، اشخاص حقوق خصوصی تابع قواعد حقوق خصوصی اند؛

- ۳- منشأ پیدایش: اشخاص حقوق خصوصی ناشی از اراده اشخاص حقیقی اند. برعکس، اشخاص حقوق عمومی ناشی از اراده مقامات عمومی اند و معمولاً با وضع قانون تشکیل می شوند. البته، برخی اشخاص حقوق عمومی مستقیماً توسط قانون ایجاد می شوند، مانند: کمیسیون مستقل انتخابات،

کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان و کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی. برخی دیگر غیرمستقیم ایجاد می شوند، مانند: جمعیت ها.

۴- لزوم و عدم لزوم ثبت: اشخاص حقوق خصوصی بعد از ثبت ایجاد می شوند، مانند ثبت جمعیت ها و مؤسسات غیردولتی و دانشگاه های خصوصی بالترتیب در وزارت عدلیه، وزارت اقتصاد و وزارت تحصیلات عالی. برعکس، اشخاص حقوق عمومی نیاز به ثبت ندارد، بلکه نیاز به قانون مؤسس دارد. به عنوان مثال، قانون مؤسس قوه مجریه، قضائیه، مقننه و اداراتی که در چهارچوب قوه مجریه در افغانستان ایجاد می شوند، قانون اساسی، قانون تشکیلات اساسی و قانون تشکیلات و صلاحیت های محاکم است.

۵- استفاده از قدرت عمومی: اشخاص حقوق عمومی در صورت لزوم می توانند از امتیازات قدرت عمومی استفاده نمایند. اما، اشخاص حقوق خصوصی نمی توانند از امتیازات قدرت عمومی استفاده کنند.^{۶۰۵}

۳) اشخاص حکمی حقوق بین الملل: علاوه بر شخصیت های حکمی خصوصی و عامه، شخصیت های حکمی بین المللی مانند: دولت ها، سازمان های بین الملل، شرکت های چندین ملیتی وجود دارد که یکی از صاحبان حق در حقوق بین الملل شناخته می شوند. شخصیت های حکمی بین الملل ناشی از اراده دولت ها است. باید اضافه نمود که اشخاص حقوق خصوصی تابع قواعد حقوق خصوصی، اشخاص حقوق عمومی تابع قواعد حقوق عامه و اشخاص حقوق بین الملل تابع قواعد حقوق بین الملل اند.

گفتار سوم) محل حق

محل حق چیزی است که حق به آن تعلق می گیرد. محل حق عبارت از امتیاز، سلطه، اقتدار، توانایی، نفع و امثال اینها است که به اشخاص حقیقی و حکمی اعطا می شود. موضوع حق نظر به نوع حق امکان دارد متفاوت باشد. به حیث مثال، محل حق در حق دینی می تواند فرائض، مانند: پرداخت زکات، ادای نماز، گرفتن روزه، امتناع از اضرار همسایه، امتناع از ارتکاب جرائم، پرداخت دین و ثمن مبیع، اطاعت فرزند از والدین، امتناع از استعمال ودیعه و نظیر اینها باشد.^{۶۰۶}

اما، موضوع حق شخصی پرداخت دین، اجرای عمل یا امتناع از اجرای عمل است. محل حق های بشری و اساسی نیز امتیازها و مصلحت های افراد منحصیث انسان و اتباع است که نسبت به مسایل مختلف بشری و اساسی مانند: زندگی، کار، اشتراک در مسایل سیاسی، آزادی بیان و ... دارند.

گفتار چهارم) داشتن ضمانت اجراء

۶۰۵. محمد امامی و کورش استوار سنگری (۱۳۸۷). حقوق اداری (۱)، چاپ دوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان، صص ۴۹-۵۳.
۶۰۶. همان، محمد امامی و کورش استوار سنگری، جلد (۱)، صص ۲۸۴۰-۲۸۴۲؛ و _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۱۲ و ۱۳.

رکن چهارم حق عبارت از جزاء است، و آن حمایتی است که شارع و قانونگذار می تواند از حق بنماید. این جزاء در حقوق الهی، مجازات دنیوی و اخروی است؛ در حق عینی، مثلاً: در غصب و اتلاف مال، پرداخت جبران خساره و جزاء است؛ و در حقوق دینی یا شخصی مجبور گردانیدن مکلف به اجرای تعهد است. حق های اساسی و بشری نیز دارای ضمانت اجرا اند که این ضمانت اجرا توسط دولت ها تضمین می شوند. تفصیل ضمانت اجرا در مبحث خصوصیات قواعد حقوقی این کتاب گذشت.

فصل دوم: تقسیمات حق در حقوق خصوصی

در حوزه حقوق خصوصی، فقهاء و حقوقدانان حق را به اعتبارات مختلف به تقسیمات متعدد منقسم نموده‌اند. چنانچه فقهاء و حقوقدانان حق را به اعتبار صاحب آن به حق الله، حق العبد و حق مشترک، و به اعتبار محل آن به حق مالی و غیر مالی و به اعتبار تأیید و عدم تأیید قضاء به حق قضائی و حق دنیائی و به اعتبار اسقاط و عدم اسقاط به حق قابل اسقاط و حق غیر قابل اسقاط، به اعتبار توارث و عدم توارث به حق قابل توارث و حق غیر قابل توارث، به اعتبار دایره وسعت به حق مطلق و حق نسبی، به اعتبار زمان پیدایش به حق منجز و حق معلق، به اعتبار مدت به حق مؤقت و حق دائم، به اعتبار زمان اجراء به حق حال و حق مؤجل و به اعتبار ثبات و عدم ثبات به حق ثابت و حق متزلزل و به اعتبار باقی ماندن اثر به حق مجرد و حق غیر مجرد تقسیم نموده‌اند: ۶۰۷

مبحث اول) تقسیمات حق به اعتبار صاحب آن

حق به اعتبار صاحب آن به سه نوع منقسم گردیده است که عبارت از: حق الله یا حق الاجتماع، حق العبد و حق مشترک می باشد:

گفتار نخست) حق الله

۱) تعریف: برخی فقهاء در تعریف حق الله می گویند: حق الله عبارت از حقی است که هدف از آن تقرب جستن به خداوند ﷻ، تعظیم و اقامه شعایر دین او و تحقق نفع عموم در عالم بدون اختصاص آن به فردی از افراد می باشد. ۶۰۸ به نظر می رسد در این تعریف بیشتر به اهداف حق الله اشاره شده است و این تعریف بیانگر ماهیت و کنه حق الله نیست. به نظر می رسد در خصوص حق الله سه تعریف می توان ارایه کرد:

۱- حق الله حق های خداوند ﷻ نسبت به اشخاص است مانند پرداخت زکات، ادای نماز و نظیر اینها.

۲- با توجه به این که خداوند ﷻ بی نیاز است، ضرورت به داشتن حق ندارد. بنابراین، منظور از حق الله حق های اجتماع بر افراد است.

۶۰۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۸۳۵ و ۸۳۵؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۸۴۳-۲۸۵۴. ۶۰۸. همان، وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، صص ۲۸۴۳-۲۸۵۴.

۳- چون نماینده اجتماع دولت است، حق الله حق هایی است که اجتماع بر افراد دارد. هر حق الله، تکلیف شخص و هر تکلیف شخص حق الله است مانند پرداخت زکات (و مالیه در حقوق مدرن) که حق دولت و تکلیف فرد و تکلیف فرد و حق دولت است.

برخی فقهاء در خصوص حق الله می گویند که حق الله نظر به کلیت نفع و عظمت خطر آن به خداوند ﷻ منسوب می گردد، زیرا حق الله، حق اجتماع می باشد. به عنوان نمونه، عبادات مختلف مانند: نماز، روزه، حج، زکات، ادای نذور، سوگند و تسمیه نام خداوند ﷻ حین ذبح حیوان، دست برداشتن از جرایم، تطبیق حد و تعزیرات شرعی، صیانت مرافق عامه، مانند: انهار، راه ها، پرداخت زکات، پرداخت کفارات مثلاً: کفاره ظهار، حنث در یمین، کفاره فطر، کفاره رمضان، پرداخت خمس آنچه از زمین استخراج می شود و غیره همه برای اجتماع است. حکم حق اجتماع این است که در اثر صلح، عفو و تنازل قابل اسقاط نمی باشد. به همین ترتیب، تغییر آن جواز ندارد.

بنابراین، حد سرقت در اثر عفو مسروق منه یا صلح وی با سارق بعد از ارجاع و وصول قضیه به محکمه ساقط نمی گردد، و یا حد زنی به عفو زوج و یا اباحت زوجه نفسش را به زانی ساقط نمی گردد. همچنین، حق اجتماع قابل توارث نیست. پس، بر ورثه اداء عباداتی که توسط مؤثر فوت گردیده است لازم نمی باشد و همچنین وارث از جرم مؤثر مسؤل پنداشته نمی شود.

ولی، باید متذکر شد که حق اجتماع تداخل را می پذیرد. پس، کسی که چند بار مرتکب سرقت و با زنی شود و در هر بار عقوبت نگردد و به سبب تمام جرایمی که مرتکب شده است یکبار عقوبت گردد به عقوبت واحد اکتفاء صورت می گیرد، زیرا مقصود از عقوبت زجر است که به یکبار نیز متحقق می شود که تطبیق کننده آن حاکم یا قاضی می باشد.

از آنچه گفته شد، چنین نتیجه گرفته می شود که حق الله، حق عمومی جامعه است. زیرا، حق الله نمی تواند بر صاحب حقیقی خود حمل شود چرا که خداوند ﷻ بی نیاز است و از هیچ جهت نفع و فایده برای او قابل تصور نیست. پس، حقی را که شارع در رابطه به جامعه اسلامی تشریح کرده، در اصطلاح شرعی حق الله نامیده می شود که در حقوق موضوعه از آن به حق های عمومی تعبیر می شود.^{۶۰۹}

(۲) ارکان: در حق الله سه رکن وجود دارد: (۱) صاحب حق (خداوند ﷻ)؛ (۲) شخص مکلف که می تواند حقیقی و یا حکمی باشد؛ و (۳) موضوع حق.

گفتار دوم) حق العبد

۶۰۹. همان، وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، صص ۲۸۴۳-۲۸۵۴؛ _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۱۴-۱۸؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۸۳۵ و ۸۳۵؛ داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۱۴؛ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۲۲۵.

۱) تعریف: برخی فقهاء در تعریف حق العبد می گویند که: حق العبد عبارت از حقی است که هدف از آن حمایت از مصلحت شخص می باشد اعم از اینکه حق عام باشد مانند حفظ صحت، اولاد و اموال شخص، تأمین امنیت، دفع ظلم و تمتع از خدمات عامه و یا خاص باشد، مانند: رعایت حق مالک در ملکیت، حق بایع در ثمن و از مشتری در مبیعه، حق شخص در بدل مال متلوفه، رد مال مغضوبه، به مغضوب منه، حق نفقه زوجه بر شوهر، حق حضانت مادر نسبت به طفل و حق پدر نسبت به ولایت اولاد و غیره.^{۶۱۰}

به نظر می رسد در این تعریف بیشتر به اهداف حق العبد اشاره صورت گرفته است و بنابراین این تعریف بیانگر کنه و ماهیت حق العبد نیست. به نظر می حق العبد عبارت از حق هایی است که شخص که از آن در فقه هنوز هم عبد (بنده) تعبیر می شود، در برابر دولت و اجتماع دارد. هر حق عبد تکلیف دولت و اجتماع و هر تکلیف اجتماع حق شخص است مانند حق حیات که حمایت آن تکلیف دولت و خود حق حیات، حق شخص است.

برخی فقهاء بر این نظر اند که: حکم مرتبه بر حق العبد این است صاحب آن می تواند از آن تنازل نماید. پس، صاحب حق العبد می تواند حق خود را در اثر عفو، صلح و ابراء و اباحه ساقط نماید. همچنین، در حق العبد توارث جاری می شود و نیز تغییر را می پذیرد همچنانی که تداخل را نمی پذیرد و مرتکب آن تکراراً مجازات می گردد و استیفاء آن منوط به صاحب حق یا ولی او می باشد.^{۶۱۱} پس، حق العبد حقی است که آن را شارع به منظور تحقق مصلحت فرد خاص و یا گروهی از افراد وضع نموده که در روشنایی آن بتوانند به منافع مقصود دست یابند.

۳) فرق بین حق الله و حق العبد: با توجه به آنچه فوقاً تذکر یافت میان حق الله و حق العبد تفاوت های ذیل ظاهر می گردد:

۱- از نقطه نظر هدف: حق الله حق های خداوند عزوجل بر بندگان است. هدف از حق الله تقرب جستن به خداوند عزوجل و تحقق نفع عموم در جامعه است. به حیث مثال، در پرداخت زکات نفع به اجتماع می رسد، زیرا در صورتی که افراد زکات بپردازد، یک فرد خیلی پولدار نمی شود و افراد دیگر فقیر باقی نمی مانند و برابری نسبی در جامعه ایجاد می شود. حق العبد حق بندگان بر دولت و اجتماع و افراد دیگر است. هدف از حق العبد حمایت از مصلحت شخص است اعم از اینکه حق عام باشد یا خاص مانند احترام به حق مالکیت، حق شفعه، حق حیات و نظیر اینها که نفع آن به فرد می رسد.

۶۱۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۴۵؛ و ____ (۱۴۰۴ ق).

الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۸.

۶۱۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۴۵؛ و ____ (۱۴۰۴ ق).

الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۸.

۲- از نقطه نظر اسقاط: حق الله به هیچ صورت در اثر صلح، عفو، ابراء و غیره قابل اسقاط نیست مگر در برخی موارد که حاکم یا اولی الامر حق عفو را دارد.^{۶۱۲} به نظر می رسد با اقتباس از همین نظریه، قانونگذار اساسی صلاحیت عفو و تخفیف مجازات ها را به رئیس جمهور اعطا کرده بوده. ماده ۶۴ جزء ۱۸ ق. ۱ حکم می نمود: «رئیس جمهور دارای صلاحیت ها و وظایف ذیل می باشد: ۱۸- تخفیف و عفو مجازات مطابق به احکام قانون.» معمولاً رئیس جمهور در مناسبت های خاص، مانند: فرا رسیدن عید و امثال این مجازات محبوسین را توسط فرمان تخفیف می داد و یا عفو می نمود. ولی، حق العبد ممکن است در اثر صلح، ابراء، عفو و غیره توسط صاحب آن ساقط گردد؛

۳- از نقطه نظر توارث: حق الله قابل توارث نیست. اما، حق العبد قابل توارث می باشد؛ و

۴- از نقطه نظر تداخل در مجازات و استیفاء کننده مجازات: جرایم ناشی از حقوق الله قابل تداخل است و استیفاء کننده آن قاضی می باشد. ولی، جرایم ناشی از حق العبد قابل تداخل نیست و استیفاء کننده آن صاحب حق؛ یا ولی او می باشد.

۵- اجرای حکم در حق الله منوط به درخواست شاکی نیست، اما در حق الله اجرای حکم منوط بر درخواست شاکی است.

۶- حق الله جنبه عمومی و عامه المنفعه دارد، اما حق الله جنبه اختصاصی و فردی دارد.^{۶۱۳}

گفتار سوم) حق مشترک

حق مشترک، حقی است که در آن حق الله و حق العبد اجتماع نموده است. ولی، بعضاً در آن جنبه های حق الله بر حق العبد و بعضاً هم جنبه های حق العبد بر حق الله غالب می باشد. بنابراین، حق مشترک ممکن است به دو نوع ظهور نماید:

۱) حق الله و حق العبد با غالب بودن حق الله بر حق العبد: مانند: عده مطلقه که در آن حق الله یعنی حفظ انساب انسان از اختلاط و حق العبد یعنی محافظت نسب اولاد مُطَلَّق است، حق الله غالب می باشد، زیرا در صیانت انساب انسان نفع عام به اجتماع متصور است. مثال دیگر حق الله و حق العبد با غلبه حق الله بر حق العبد به نظر فقهای حنفیه اجرای حد قذف بر قافذ است. زیرا، در حد قذف دو حق نهفته است: حق مقدوف که دفع عار و اثبات شرف و حصانت او، و حق الله که عبارت است از حفظ اعراض و آبروی انسان ها و جلوگیری از فساد که در اجرای حد قذف، حق الله بر حق العبد غالب است؛ و

۲) حق الله و حق العبد با غلبه حق العبد بر حق الله، مانند: قصاص که برای ولی مقتول ثابت است حاوی دو نوع حق می باشد: حق الله و حق العبد. حق الله که عبارت از تطهیر اجتماع از ارتکاب جرایم و

(آخرین بازدید: ۱۲، ۱۰، ۲۰۱۶) Pajoohi.ir 612

(آخرین بازدید: ۱۲، ۱۰، ۲۰۱۶) Ibid. 613

حق العبد که عبارت از فروکش کردن خشم ولی مقتول به وسیله قتل قاتل می باشد حق العبد غالب می باشد زیرا، مبنای قصاص مماثله است.^{۶۱۴}

مبحث دوم) تقسیمات حق به اعتبار اسقاط و عدم اسقاط

چنانچه تذکر یافت، حق یا حق خالص الله، یا حق خالص بنده، یا حق مشترک است که یا در آن حق الله بر حق العبد غالب است و یا برعکس حق العبد بر حق الله غالب است. پس، اسقاط و عدم اسقاط حق در هر يك را به صورت جداگانه مورد مطالعه قرار می دهیم:

گفتار اول) عدم اسقاط پذیری حق الله

اسقاط از ریشه سقط گرفته شده که در لغت به معنی افگندن، انداختن، برافگندن و از ارزش انداختن است. در فقه به از اعتبار انداختن حق اعم از مالی و یا غیرمالی را اسقاط گویند.^{۶۱۵} حق الله اعم از اینکه عبادات باشد، مانند: نماز، روزه و غیره و یا عقوبات باشد، مانند: حدود، یا بین عبادت و عقوبت متردد باشد، مانند: کفارات یا سایر حقوقی که شرع آن را به انسان به اعتبار انسان بودن اعطاء نموده است، مانند: حق ولایت بر صغیر، حق ابوت، امومت و نظیر اینها قابل اسقاط نیست. زیرا، هیچ فرد به اعتبار اینکه این حق، متعلق به خداوند جل جلاله است، نمی تواند آن را اسقاط نماید.

گفتار دوم) اسقاط حق مشترک

حق مشترک اخلاطی از حق الله و حق العبد است. بنابراین، در صورتی که در حق مشترک حق الله غالب باشد، حکم حق الله به اعتبار غالب بودن آن بر آن مرتب می شود. اما، در صورتی که حق العبد در آن غالب باشد، به اعتبار غلبه حق العبد بر حق الله، اسقاط چنین حقی تابع حکم حق العبد است.^{۶۱۶}

گفتار سوم) اسقاط حق العبد

حق العبد به اعتبار اسقاط و عدم اسقاط شامل اسقاط اعیان، منافع و دیون می گردد. در باره اسقاط حق العبد اصل این است که هر صاحب حق مشروط بر اینکه جایز التصرف؛ یعنی: غیرمحجور علیه باشد و نیز محل حق قابل اسقاط باشد؛ یعنی عین و یا شی حرام نباشد و مانع دیگری مانند: تعلق حق غیر به آن وجود نداشته باشد، می تواند حق خویش را ساقط نماید. با رعایت این اصل، اسقاط دین، منفعت و حق العبدی را که قابل اسقاط نیست در ذیل مورد مطالعه قرار می دهیم:

۶۱۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۲.

۶۱۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۴۹؛ و (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۸.

۶۱۶. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۴۶؛ و (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۲۴ و ۲۵.

۱) اسقاط عین: ماده ۱۹۸۶ ق. م تصریح می نماید که: «هرگاه مالک مال منقول از ملکیت آن صرف نظر نماید، به مال مباح تبدیل می گردد.» از نص این ماده به خوبی روشن می شود که شخصی که از ملکیت مال منقول صرف نظر نماید، شی منقول به منقول بدون مالک تبدیل می شود. در نتیجه، هر شخصی می تواند از طریق استیلاء آن را تملک نماید، مانند اینکه: شخصی اشیا را که برای وی دیگر ذی نفع نباشد، در راه و یا در زباله دانی بی اندازد، یا شخصی حیوانی وحشی را از طریق استیلاء تملک نماید و سپس از ملکیت آن تنازل نماید و شخصی دیگری دو باره آن را تملک نماید. در صرف نظر نمودن از ملکیت منقول تحقق دو عنصر (رکن) ضروری است: ۱) رکن مادی که عبارت از ترک منقول است به نحوی که از حیات مالک خارج شود؛ و ۲) عنصر معنوی که همان نیت تنازل از ملکیت منقول است.^{۶۱۷}

۲) اسقاط دین: در اصل همه حقوق شخصی قابل اسقاط است، مانند: حق قصاص، حق شفعه و حق خیار که اسقاط حقوق فوق ممکن است معوض یا غیر معوض باشد که در صورت غیر معوض بودن ایقاع و در صورت معوض بودن عقد است. پس، به اتفاق نظر همه فقهاء اسقاط دین جواز دارد اعم از اینکه دین ثمن مبیع، نفقه مفروضه ماضیه زوج و غیره باشد. همچنین، همانطوری که اسقاط تمام دین جواز دارد، اسقاط قسمتی از آن نیز جواز دارد که می تواند به صورت صلح، خلع و غیره صورت پذیرد.^{۶۱۸}

۲) اسقاط منفعت: همچنانی که اسقاط دین جواز دارد، اسقاط منفعت نیز جواز دارد اعم از اینکه مُسقط مالک رقبه و یا منفعت باشد، و یا صرف مالک منفعت براساس عقد اجاره، عاریت و وصیت به منفعت باشد، یا بر اساس غیر عقد، مانند: اسقاط تحجیر زمین موات به مقصد احیای موات. در نتیجه، منافع در صورت عدم وجود مانع، قابل اسقاط است که می تواند ضمن عقد و یا به طور مستقل صورت پذیرد.^{۶۱۹}

۳) حق شخصی غیر قابل اسقاط: حقوق شخصی که قابل اسقاط نمی باشد قرار ذیل اند:

۱- حقوقی که در آینده ثابت نخواهد شد: مانند اسقاط حق مسکن و نفقه آینده توسط دختر قبل از ازدواج، اسقاط حق خیار رویت توسط مشتری قبل از رویت، اسقاط حق شفعه توسط شفیع قبل از فروش مبیعه که حقوق فوق الذکر قابل اسقاط نمی باشد، زیرا در فروض فوق حق بالذات هنوز به وجود نیامده است.

۶۱۷. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۹)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۳-۱۶.
 ۶۱۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۴؛ (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة، ص ۲۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۲.
 ۶۱۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۴؛ (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة، ص ۲۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۲.

۲- حقوق معتبر شرعی که شرعاً اوصاف ذاتی شخص پنداشته می شود و ملازمه با شخصیت او دارد: حقوقی که شرعاً خصوصیت ذاتی انسان تلقی می گردد قابل اسقاط نیست، مانند: حق ولایت پدر یا پدر کلان بر اولاد صغیر. بنابراین، هرگاه پدر یا پدر کلان بخواهد حق ولایت بر اولاد صغیر خود را ساقط نماید، حق مذکور در اثر اسقاط، ساقط نمی گردد.

۳- حقوقی که در اثر اسقاط آن احکام شرعی تغییر می نماید: حقوقی که در اثر اسقاط آن احکام شرعی تغییر می نماید قابل اسقاط نمی باشد مانند: اسقاط حق رجوع شوهر به زوجه مُطلقه، اسقاط حق رجوع واهب در هبه، اسقاط حق رجوع موصی از وصیت و غیره.

۴- حقوقی که به آن حق غیر تعلق می گیرد: حقوقی که به آن حق غیر تعلق می گیرد نیز قابل اسقاط نیست، زیرا انسان می تواند حق خود را ساقط نماید. ولی، حقی را که به آن حق غیر تعلق بگیرد نمی تواند ساقط نماید مانند: اسقاط حق حضانت توسط مادر، اسقاط حق رجوع توسط زوج به زوجه در مدت عده، اسقاط حد سرقت توسط مسروق منه، زیرا حقوق فوق از زمره حقوق مختلط می باشد.^{۶۲۰}

مبحث سوم) تقسیم حق به اعتبار تأیید و عدم تأیید قضا

حق به اعتبار تأیید و عدم تأیید قضا به دو نوع منقسم گردیده است که عبارت اند از: (۱) حق دینایی؛ و (۲) حق قضایی:

گفتار اول) حق دینایی

حق دینایی عبارت از حقی است که تحت ولایت قضا در نمی آید و قاضی را قادر به الزام مدعی علیه بنابر سببی از اسباب مانند: عجز صاحب حق از اثبات آن در محضر قضا، نمی نماید. پس، در چنین موارد انسان نزد خداوند عز و جلاله و ضمیرش مسؤول می باشد.

به طور مثال، دینی که صاحب آن از اثبات آن در محضر قضا عاجز شود به این معنی نیست که صاحب دین غیر مستحق تلقی می گردد، بلکه بر مدیون اداء دین دیناً واجب می باشد، یا ازدواج های عرفی و غیرمسجل در محاکم شرعی ازدواج های دینایی تلقی می گردد و بر آنها آثار شرعی ازدواج مانند: نفقه، ثبوت نسب اولاد و غیره مرتب می گردد. حق دینایی در حقوق موضوعه به نام تعهد طبیعی یاد می شود.^{۶۲۱}

گفتار دوم) حق قضایی

حق قضایی عبارت از حقی است که تحت ولایت قضا می آید و امکان اثبات حق را توسط صاحب آن در قضا مساعد می نماید، مانند اینکه مدعی دعوی خویش را توسط یکی از وسایل اثبات دعوی ثابت

۶۲۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۴۷ و ۲۸۴۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۲.
۶۲۱. در مورد تعهد طبیعی ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی، حقوق وجایب، چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید، صص ۳۹۱-۳۹۶.

نماید و قاضی نیز به نفع مدعی حکم خویش را صادر نماید. حق قضایی در حقوق موضوعه به نام تعهد مدنی یاد می شود.^{۶۲۲}

گفتار سوم) فایده تقسیم حق به اعتبار تأیید و عدم تأیید قضاء

فایده ای که در اثر این تقسیم ظاهر می گردد این است که احکام حق دینی بر نیت، واقعیت و حقیقت امر استوار است. ولی، احکام حق قضائی مبتنی بر ظاهر امر است و در آن به نیت، واقعیت و حقیقت امر نگریده نمی شود.

به طور مثال، هرگاه زوج زوجه اش را از روی خطا طلاق دهد و قصد طلاق را نداشته باشد و قاضی با توجه به ظاهر و حقیقت امر حکم به وقوع طلاق نماید، در چنین مورد قضاء حکم به وقوع طلاق صورت می گیرد، ولی دیناً حکم به وقوع عدم طلاق صورت می گیرد. بنابراین، در چنین موارد انسان باید مطابق آنچه میان او و پروردگارش است عمل نماید.^{۶۲۳}

مبحث چهارم) تقسیم حق به اعتبار محل آن

حق به اعتبار محل آن به حق غیرمالی و حق مالی تقسیم می شود:

گفتار نخست) حق غیرمالی

فقهاء در تعریف حق غیرمالی می گویند: حق غیرمالی عبارت از حقی است که به مال تعلق نمی گیرد، مانند: حق قصاص، حق آزادی، حق زوجه در طلاق و یا تفریق به سبب عدم انفاق، عنینیت، ضرر، سوء آمیزش، غیبت، حبس، حق حضانت، حق ولایت بر نفس و سایر حقوق از این قبیل مانند: حق های سیاسی، از قبیل: حق انتخاب کردن و انتخاب شدن و حق طبیعی، مانند: حق آزادی.^{۶۲۴} برخی استادان حقوق نیز در تعریف حق غیرمالی می گویند: حق غیرمالی عبارت از امتیازی است که هدف آن رفع نیازهای عاطفی و اخلاقی انسان است.^{۶۲۵}

به عبارت دیگر: حق غیرمالی عبارت از آن حق های است که اجرای آن، منفعتی که مستقیماً قابل تقویم به پول باشد، ایجاد ننماید، مانند: حق بنوت، حق زوجیت و امثال اینها. موضوع حق غیرمالی روابط غیرمالی انسان است و ارزش داد و ستد (مبادله) را ندارد و قابل ارزیابی به پول و مبادله با آن نیست، مانند: حق زوجیت، حق ابوت و بنوت، حق ولایت یا حق که پدیده آورنده اثر ادبی و هنری است. ولی، اکثر این

۶۲۲. همان، نظام الدین عبدالله، صص ۳۹۱-۳۹۶..

۶۲۳. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۵۳-۲۸۵۴؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۳۶؛ و ___ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۴۱.

۶۲۴. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۵۰؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۵؛ و ___ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۴۰.

۶۲۵. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). اموال و مالکیت، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان، ص ۱۱؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۵۶.

حقوق آثار مالی دارد. چنانچه حق وراثت سبب می شود که شخص دارائی خود را تملک کند، و حق زوجیت امکان مطالبه نفقه و ارث را به دنبال دارد، ولی اصل حق را نمی توان به دیگری واگذار کرد و وسیله تحویل مال قرار داد. حق غیر مالی به وارثان انتقال نمی یابد و داینین نیز نمی توانند با تملک و فروش آن وسیله تأمین وصول دین خود را فراهم آورند. برخی حق های غیر مالی غیر قابل زوال است، مانند: بنوت که پدر و مادر نمی توانند به هیچ وجه نسبت مزبور را از خود سلب کنند.^{۶۲۶}

گفتار دوم) حق مالی و انواع آن

حق مالی عبارت از حقوقی است که به مال و منافع تعلق می گیرد و موضوع آن مال و منفعت می باشد، مانند: حق ملکیت اعیان، منافع و دیون، حق بایع بر ثمن و از مشتری بر میبعه، حق شفیع در شفعه، حق ارتفاق، حق خیار و حق مستأجر در سکنی عین مستأجره.^{۶۲۷} حق مالی به موجب حقوق نیز آن است که اجرای آن مستقیماً برای دارنده ایجاد منفعتی نماید که قابل تقویم به پول باشد، مانند: حق مالکیت نسبت به خانه که مستقیماً برای دارنده آن ارزش پولی دارد.^{۶۲۸}

به عبارت دیگر: حق مالی امتیازی است که حقوق هر کشور، به منظور تأمین نیاز های مادی اشخاص به آنها می دهد. هدف از ایجاد حق مالی تنظیم روابطی است که به لحاظ استفاده از اشیاء؛ بین افراد وجود دارد و موضوع آن تأمین حمایت از نفع مادی می باشد. نمونه بارز حق مالی در قدم نخست حق مالکیت و شاخه های آن (حق انتفاع و حق ارتفاق) است و در مرحله دوم حق طلب است که بر مبنای آن شخص می تواند از دیگری مبلغی پول یا تسلیم مال دیگر یا انجام دادن کار و امتناع از انجام دادن کاری را بخواهد.^{۶۲۹} میان حق مالی و غیر مالی دو فرق عمده وجود دارد که قرار ذیل اند:

- ۱) حق مالی بر خلاف حق غیر مالی، قابل مبادله و تقویم به پول است، مانند: حق مالکیت، حق انتفاع، حق مطالبه مبلغ پول و یا انجام دادن کار معین.
- ۲) حق غیر مالی قابل مبادله به پول نیست. اما، حق مالی قابل مبادله به پول است. قابل مبادله بودن حق مالی به پول سبب می شود که حق مالی اصولاً انتقال پذیر باشد و به ورثه شخص برسد و هم قابل

۶۲۶ . ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). اموال و مالکیت، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان، ص ۱۲؛ ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۵۶؛ سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۴؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، جلد (۳)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۴۴۸ و ۴۴۹.

۶۲۷ . وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۴۹ - ۲۸۵۰؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷ - ۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۵؛ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۴۰.

۶۲۸ . سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۴.

۶۲۹ . ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۵۶؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، جلد (۳)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۴۴۷ و ۴۴۸.

معاوضه و داد و ستد باشد و وارثین نیز بتوانند با فروش حق به طلب خود برسند، در حالی که این امور در حق غیرمالی قابل اجراء نیست.^{۶۳۰} باوجود تفاوتی که میان حق مالی و غیرمالی وجود دارد، نباید این دو را کاملاً از هم مُفترَق دانست. زیرا، برخی حق های غیرمالی است که جنبه های مالی نیز دارد:

(۱) حقی را که مؤلف بر آثار خود دارد هر دو جنبه را درآورد. روی همین دلیل، هنگامی که نویسنده ای حق انتشار آثار خود را به دیگران واگذار می کند، می گویند: جنبه مالی حق تألیف را انتقال داده است. ولی، حق اخلاقی او در باره دفاع از انتقاد های نابجای دیگران و جلوگیری از تحریف و تقلید آن برای آفریننده اثر باقی مانده است. در عین حال، جنبه مالی و غیرمالی این تألیف باهم ارتباط نزدیک دارد، چنانکه انتقاد از یک کتاب، نه تنها به حق معنوی نویسنده لطمه می زند، بلکه در منافع مادی آن نیز اثر دارد؛ به این توضیح که موجب کاهش قیمت آن در بازار می گردد؛

(۲) یادگارهای خانوادگی به طور معمول ارزش مالی ندارد، ولی اگر به امضای شخصیتی نامدار یا اثر هنرمند برجسته ای باشد، هر دو جنبه مالی و غیرمالی را درآورد. به این توضیح که: هم سبب سربلندی و افتخار خانواده است و هم وسیله تحصیل عاید و قابل مبادله با پول؛

(۳) نام شخص یکی از خصوصیات شخص است و حقی که شخص در باره نام خود دارد، جزء دارایی او نیست و در نتیجه در بازار مورد خرید و فروش قرار نمی گیرد. ولی، همین نام، بعضی اوقات از شخصیت جدا و به دارایی می پیوندد. بنابراین، نام های که شهرت می یابد و وسیله جلب مشتری می شود، از نام ساده به نام تجارتي تبدیل شده و در نتیجه مورد خرید و فروش قرار می گیرد.

همچنین، حقی که شخص بر تصویر یا عکس خود دارد، نمی تواند مورد خرید و فروش و تجارت قرار بگیرد. باوجوداین، احتمال دارد در شرایط خاص، تکثیر و انتشار آن وسیله کسب مال شود و اجازه صاحب عکس یا تصویر ارزش تجارتي پیدا کند. با توجه آنچه گفته شد، چنین نتیجه گرفته می شود که: تقسیم و جدایی حق مالی از حق غیرمالی مطلق نیست. روی همین دلیل، برخی حقوقدانان و استادان حقوق، حقوقی را که جنبه مالی آنها رجحان و برتری دارد، حق مالی گفته اند و برخی حقوق دیگر را که جنبه مالی آن مورد توجه نبوده و رجحان نداشته حق غیرمالی گفته اند.^{۶۳۱}

حق مالی به حق عینی و شخصی تقسیم می شود. تقسیم حق به عینی و دینی، از گذشته ها، مورد توجه نویسندگان حقوق مدنی و فقهاء بوده است. مبنای این تقسیم چگونگی استفاده از اشیای خارجی است.

۶۳۰ . ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). اموال و مالکیت، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان، ص ۱۲؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۵۶ و ۲۵۷

۶۳۱ . ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، جلد (۳)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۴۵۰ و ۴۵۱؛ ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). اموال و مالکیت، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان، ص ۱۲؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۵۷.

زیرا، انسان برای ادامه زندگی به این اشیاء نیاز دارد و حق دارد از آنها استفاده کند. انتفاع از اشیاء از دو طریق ممکن بوده است:

- (۱) صاحب حق از مال خویش بلاواسطه و مستقیم استفاده نماید؛ و
 - (۲) صاحب حق، از حق خویش به واسطه دیگران استفاده نماید و از دیگران بخواهد که مالی را به او تسلیم نمایند و یا عملی را به او انجام دهند و یا از انجام عملی امتناع ورزند.
- با توجه چگونگی استفاده از حق، فقهاء و حقوقدانان حقوقی را که امتیاز استفاده به شخص را می دهد، به دو دسته تقسیم کرده اند: حق عینی که حاوی امتیاز انتفاع مستقیم از حق است و حق دینی که به شخص اختیار می دهد اعطای مال، اجرای عمل و یا امتناع از اجرای عمل را از شخص دیگر مطالبه نماید.^{۶۳۲} در نتیجه، فقهاء و حقوقدانان حق مالی را به حق عینی و حق دینی (شخصی) تقسیم کرده اند.^{۶۳۳} این تقسیم در ق. م نیز رسوخ کرده است. ماده ۴۸۴ ق. م در این باره می گوید: «حقوق مالی به حقوق عینی و حقوق شخصی تقسیم می شود.»:

الف) حق عینی

به موجب فقه حق عینی عبارت از حقی است که یک شخص بر شی معین بر اساس شرع دارا می شود و بر مبنای همین حق علاقه ای اختصاصی میان صاحب حق و شی مادی قایم می شود و به موجب آن صاحب حق بر شی مادی به صورت مستقیم اعمال صلاحیت می نماید که همین اعمال صلاحیت به صورت مباشر را حق عینی می گویند، مانند: حق مالکیت که مالک را به همه انواع تصرفات در ملک قادر می نماید از قبیل: حق تصرف، استثمار و استعمال آن، حق استفاده از حق ارتفاق مانند حق مرور، حق مسیل و غیره. حقوقدانان نیز در تعریف حق عینی می گویند: حق عینی عبارت از سلطه است که قانون آن را برای شخص بر عین معین اعطاء کرده است که به موجب آن شخص می تواند از عین انتفاع اقتصادی بگیرد. لذا، حق عینی، حقی است که اشخاص بر اشیاء دارند.^{۶۳۴}

در تعریف حق عینی ق. م از تعریف حقوقدانان پیروی نموده و ماده ۴۸۵ آن در باره تعریف حقوق عینی می گوید: «حقوق عینی عبارت است از تسلط مستقیم شخص بر ذات عین که توسط قانون اعطاء می گردد». از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که حق عینی، حقی است که شخص نسبت به عین دارد، مانند: حق مالکیت نسبت به عین و منفعت عین و امثال اینها. در حق عینی چهار رکن وجود دارد:

۶۳۲ . ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، جلد (۳)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۴۵۲ و ۴۵۳.

۶۳۳ . مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۵؛ عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۸)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۸۴؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۴.

634 . Gerhard Robbers (2002). An Introduction to German Law. Translated into English by: Miceal Jewll, 5th edi (___), p 191.

اول صاحب حق یا مالک، دوم: موضوع حق یا ملک، و آن چیزی است که شخص مالک نسبت به آن حق دارد؛ سوم: مالکیت و آن يك رابطه حقوقی یا مفهوم تصویری بین «مالک» و «ملک» است که قانون آن را معتبر شناخته و مردم را مکلف به احترام آن نموده است. از این رو، گفته می شود که «حق عینی» در مقابل تمام افراد جامعه است و در اثر این امر، حق تعقیب به صاحب حق عینی داده می شود و مالک می تواند مال خود را در دست هر کس بیابد بگیرد؛ چهارم: جزا، که آن در خارج به دوگونه ظهور می نماید: یکی حمایت قانون از صاحب حق، تا کسی نتواند به مالک تعدی کند؛ و دیگر اجبار به رفع تجاوز، در صورتی که تعدی صورت گرفته باشد؛ مثلاً: هرگاه کسی مال دیگری را غصب کند، قانون او را مجبور می کند که مغضوبه را مسترد دارد و اگر تلف شده باشد ملزم می شود بدل آن را به مالک بدهد.

طبق فقه و حقوق، حق های عینی به حق های عینی اصلی و حق های عینی تبعی تقسیم می شود.^{۶۳۵} این تقسیم در ق. م نیز پیش بینی گردیده است. ماده ۴۸۵ فقره ۲ ق. م در این باره تصریح می نماید که: «حق عینی، اصلی یا تبعی می باشد.»

۱) حق عینی اصلی

ماده ۴۸۶ ق. م که مقتبس از فقه است در تعریف حق های عینی اصلی می گوید: «حقوق عینی اصلی عبارت است از حقوق تصرف و انتفاع بر عین که منحصر به حقوق آتی می باشد: ۱) حق ملکیت رقبه و منفعت آن؛ ۲) حق منفعت ملکیت عین بدون ملکیت رقبه؛ و ۳) حقوق ارتفاق.»، حقوق در نص این ماده در مفهوم جمع حق استعمال شده است. از نص این ماده به خوبی بر می آید که حق های عینی اصلی عبارت از حق تصرف و انتفاع است. مثال های حق تصرف هبه، وقف، وصیت، خرید و فروش، اجاره و نظیر اینها است. همچنین، طبق نص این ماده حق عینی اصلی علاوه بر حق تصرف حق انتفاع نیز است. طبق نص این ماده حق های عینی اصلی به سه دسته تقسیم می شود:

اول) حق ملکیت کامل

حق ملکیت کامل عبارت از حقی است براساس آن شخص هم مالک ذات و هم مالک منفعت مال است. به حیث مثال، اگر شخص خانه داشته باشد و در آن خودش سکونت نماید، این شخص هم مالک ذات (رقبه) خانه است و هم مالک منفعت آن و ملکیت او کامل است.

دوم) حق ملکیت ناقص

ملکیت ناقص عبارت از ملکیت عین بدون منفعت و یا منفعت بدون رقبه شی است.^{۶۳۶} به عبارت دیگر: ملکیت ناقص خالی از دو حالت نیست: حالت اول این است که شخص مالک منفعت شی بدون رقبه آن باشد، مانند: اینکه شخص شی ای را از دیگری به اجاره و عاریت بگیرد و یا شخصی منفعت شی

۶۳۵. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۲۰؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۵۸. ۶۳۶. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۵۵۰.

را به دیگری وقف و یا وصیت نماید. حالت دوم این است که شخص مالک رقبه بدون منفعت باشد، مانند اینکه: شخص منفعت شی ای خویش را برای مدت معین به دیگری وصیت نماید و بعد از وفات موصی منفعت موصی به، به موصی له و رقبه آن به وارث موصی تعلق بگیرد،^{۶۳۷} یا شخصی ملکیت خویش را به دیگری به کرایه بدهد که در این صورت منفعت ملک متعلق به کرایه نشین و رقبه آن متعلق به صاحب خانه یا مالک می شود و ملکیت هر دو ناقص می گردد. از این تعریف به خوبی استنباط می گردد که ملک ناقص شامل ملک عین فقط و یا ملک منفعت فقط می گردد که ملک منفعت فقط را ملک منفعت شخصی یا حق انتفاع نیز می نامند.^{۶۳۸} بنابراین، ملک ناقص شامل: ملک عین فقط و ملک منفعت فقط می گردد:

۱- **ملک عین فقط:** ملک عین فقط عبارت از ملک است که ذات (رقبه) ملک متعلق به شخصی و منفعت آن متعلق به شخصی دیگری باشد، مانند اینکه: شخصی سکنی خانه خود را به دیگری برای مدت معین یا غیر معین وصیت نماید. در چنین حالت، هرگاه موصی فوت نماید و موصی له بعد از فوت موصی وصیت را قبول نماید، عین ملک، ملکیت ورثه موصی و منفعت آن ملکیت موصی له پنداشته می شود. بنابراین، موصی له می تواند از منفعت ملک مطابق وصیت الی ختمت مدت وصیت انتفاع بگیرد و زمانی که مدت انتفاع خاتمه یابد، منفعت عین موصی به را به ورثه موصی انتقال دهد تا ملکیت آنها کامل گردد. در چنین حالت، مالک عین موصی به، نمی تواند از منفعت موصی به، انتفاع بگیرد یا در عین و منفعت آن تصرف نماید. بنابراین، مالک رقبه عین مکلف است عین را به منتفع (موصی له) جهت استیفاء منفعت تسلیم نماید. در صورتی که از تسلیم آن امتناع ورزد به تسلیم آن اجبار می گردد.^{۶۳۹} از آنچه گفته شد، معلوم می گردد که ملکیت عین فقط ملکیت دایمی بوده و همیشه به ملک کامل مبدل می گردد. ولی، ملکیت منفعت شخصی ملک مؤقت می باشد، زیرا به عقیده فقهای حنفی منافع قابل توارث نمی باشد.^{۶۴۰}

۲- **ملک منفعت فقط:** نوع دوم ملک ناقص طبق فقه ملک منفعت فقط یا حق انتفاع است که در فقه ملک منفعت شخصی نیز یاد می شود. طبق فقه ملک منفعت فقط عبارت از ملکیتی است که عین ملک متعلق به شخص دیگر و صرف منفعت آن متعلق به شخص منتفع است مانند اجاره که رقبه عین مستأجره متعلق به مؤجر و منفعت آن در جریان عقد اجاره متعلق به مستأجر است. همچنین، در عاریت منفعت

۶۳۷. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۲۵۹ و ۲۶۰.

۶۳۸. وهبة الزحيلي (___). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۵۵۰.

۶۳۹. همان، وهبة الزحيلي، جلد (۶)، ص ۲۸۹۶.

۶۴۰. همان، همان، وهبة الزحيلي، جلد (۶)، ص ۴۵۵۱.

عین مستعاره متعلق به مستعیر و رقبه آن متعلق به معیر است. در این دو مثال، ملکیت مستأجر و مستعیر هر دو ملکیت منفعت فقط اند.

سوم) حق ارتفاق

ارتفاق از ریشه «رفق» گرفته شده است که در لغت به معنی انتفاع گرفتن از شیء^{۶۴۱} تکیه کردن بر مرفق یا آرنج و رفیق و همراه بودن است.^{۶۴۲} در اصطلاح فقهی تعاریف ذیل راجع به حق ارتفاق وجود دارد:

- (۱) حق ارتفاق نوعی حق عینی و عبارت از حقی است بالای عقار جهت منفعت عقار دیگر، مانند: حق شرب، حق مجری، حق مسیل، حق مرور و حق جوار.^{۶۴۳}
- (۲) حق ارتفاق حق مقرر بر یک عقار به منفعت عقار دیگر که مملوک مالک عقار اول نباشد است.^{۶۴۴}
- (۳) ماده ۲۳۴۰ ق. م در تعریف حق ارتفاق می گوید که: «ارتفاق، عبارت از حقی است بالای عقار جهت منفعت عقار شخص دیگر.»

(۲) حق عینی تبعی

نوع دوم حق عینی، حق عینی تبعی است. ماده ۴۸۷ ق. م در تعریف حق های عینی تبعی می گوید که: «حقوق عینی تبعی عبارت است از حقوق مرتب بر عین برای تضمین دین که منحصر به حقوق آتی می باشد: (۱) حقوق رهن رسمی؛ (۲) حقوق رهن حیازی؛ (۳) حق حبس عین؛ (۴) حق اختصاص؛ و (۵) حق تقدم.» حقوق عینی در این ماده در مفهوم جمع حق استفاده شده است. بنابراین، حقوق در این ماده به معنی حق های عینی تبعی است. طبق این تعریف حق های عینی تبعی حق هایی است که بر مال و با ملکیت مدیون ثابت می گردد برای تضمین دین داین.

از همین رو، این حق ها برخلاف حق عینی اصلی که مستقیماً بر عین وارد می گردد، بر عین وارد نمی گردد، بلکه به صورت غیر مستقیم بر عین وارد می گردد و تابع دین است. از همین رو، این حق را حق عینی تبعی می گویند. تبعی اسم منسوب به تبع است که به معنی پیروی، دنباله روی و تابعیت است. لذا، برای ایجاد این حق شرط است که دین وجود داشته باشد.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می یاید که حق عینی تبعی حقی است که برای داین بر اموال مدیون او ثابت می گردد. به حیث مثال، هرگاه شخصی مدیون باشد و جهت پرداخت دین خویش پول نداشته باشد یا پول وی پرداخت دیون وی را تکافو ننماید، می تواند اموال عقار و منقول خویش را جهت

۶۴۱. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۶۵۶.

۶۴۲. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۹۹.

۶۴۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۶۵۶؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۳۷؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۲۰۶.

۶۴۴. عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۲۰۶.

تضمین دین به داین به رهن دهد. پس، داین می تواند اموال عقار و منقول مدیون را جهت تضمین دین خویش به رهن بگیرد و در صورت عدم پرداخت دین توسط مدیون، آن را به فروش رسانیده و از ثمن آن دین خویش را استیفاء نماید.

همچنین، در صورتی که مدیون تعهد خویش را ایفاء ننماید، داین حق حبس مال مدیون را الی استیفاء دین دارا می باشد. همچنین، از نص ماده ۴۸۷ ق. م به خوبی استنباط می گردد که همچنانی که داین می تواند مال مدیون را به رهن بگیرد، می تواند مال مدیون را به خود اختصاص دهد و از ثمن فروش آن دین خویش را استیفاء نماید. همچنین، از نص ماده ۴۸۷ ق. م به خوبی استنباط می گردد که نوع پنجم حقی عینی تبعی ای که بر مال اعم از منقول و عقار مدیون وارد می گردد حق تقدم است.

اول) حق رهن

رهن که جمع آن رهون و رهان و رهن به ضم راء و ها است در لغت به معنی گرو، گرو کردن چیزی نزد کسی، گرو دادن، ثبوت، دوام، حبس و لزوم است، چنانچه عرب ها به آب راکد، «الماء الراهن» و به وضع ثابت «حالتة راهنة» می گویند. شخصی که مال خود را به دیگری به رهن می دهد، راهن، شخصی که مال دیگری را به رهن می گیرد، مرتهن و شی و یا مالی که به رهن داده می شود، عین مرهونه یا مرهونه نامیده می شود. رهن در قوانین موضوعه از جمله مصر و افغانستان به دو نوع منقسم گردیده است که عبارت از رهن حیازی و رهن رسمی می باشد.^{۶۴۵} ولی، در شریعت اسلامی رهن صرف یک نوع می باشد که عبارت از رهن حیازی است:^{۶۴۶}

۱) رهن حیازی: به موجب ماده ۱۷۷۰ ق. م: «رهن حیازی، عقدی است که به موجب آن رهن دهنده تعهد می نماید تا مال خود را به تصرف رهن گیرنده یا شخص امین دیگری به مقابل حق مالی قرار دهد که ادای تمامی یا قسمتی از آن بر حق داینین درجه اول یا داینینی که نسبت به داینین مذکور به مرتبه پایین تر قرار دارند، مقدم باشد.» حیازی اسم منسوب به حیازت است. حیازت چنانچه گفته شد در لغت به معنی به دست آوردن است. طبق نص این ماده رهن حیازی دارای خصوصیات ذیل است:

۱- رهن حیازی مانند سایر عقود عقد است که میان رهن دهنده و رهن گیرنده منعقد می گردد. به موجب این عقد رهن دهنده تعهد می نماید که تا مال خویش را به تصرف رهن گیرنده در مقابل حق مالی قرار دهد. به نظر می رسد منظور از حق مالی دین (قرض) است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد پول نقد نداشته باشد و موتر خویش را به تصرف محمود بدهد، این عقد، رهن حیازی است.

۶۴۵ . عبدالفتاح عبدالله البرشومی (۱۴۲۴). احکام الرهن و الشفعة فی الفقه الاسلامیة، چاپ دوم، مصر: الازهر، ص ۱۰۲.
۶۴۶ . همان، عبدالفتاح عبدالله البرشومی، ص ۲۳.

۲- در صورت عدم اعتبار رهن دهنده به رهن گیرنده رهن دهنده می تواند عین مرهونه را به تصرف شخص امین قرار دهد. منظور از شخص امین (امانتدار) شخص ثالث است. به حیث مثال، هرگاه عقد رهن میان «الف» و «ب» منعقد شود و «الف» بر «ب» اعتماد نداشته باشد، «الف» و «ب» می توانند عین مرهونه را نزد «ج» الی پرداخت دین توسط «الف» به «ب» بگذارند.

۳- محل رهن حیازی می تواند اموال عقار و منقول باشد زیرا قانونگذار در نص این ماده از مال سخن می گوید و عقار و منقول بودن آن را مقید نساخته است. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد می تواند موتر یا خانه خویش را به تصرف محمود بدهد.

۴- در صورت ناممکن گردیدن پرداخت دین توسط راهن و فروش مال مرهونه، مرتبه نسبت به داینین عادی راهن حق تقدم پیدا نماید. به نظر می رسد منظور از داینین درجه اول داینین دارای حق تقدم و منظور از داینین پایین رتبه داینین عادی اند. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود خانه یا موتر احمد را به تصرف بگیرد و در عین حال احمد پنج لک افغانی مدیون قیوم و پنج لک افغانی مدیون جمشید باشد و در نهایت خانه یا موتر احمد به فروش رسد، محمود نسبت به جمشید و فاروق حق تقدم دارد. در این مثال، محمود داین دارای حق تقدم و جمشید و قیوم داینین عادی اند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف رهن حیازی است.

حقوقدانان نیز در تعریف رهن می گویند: رهن عقدی است که به موجب آن مال مدیون و وثیقه «تضمین» دین قرار می گیرد.^{۶۴۷} رهن در شرع عبارت است از حبس شی در برابر حقی است که استیفای آن حق از آن شی ممکن باشد؛ یعنی رهن وثیقه قرار دادن عینی که دارای قیمت مالی است به دیگری به نحوی که بتواند از آن تمام و یا قسمتی از عین دین خویش را اخذ نماید. ماده ۷۰۱ مجله الاحکام در تعریف رهن می گوید: «رهن عبارت از حبس مال و توقیف آن است در مقابل حقی که استیفای آن از این مال ممکن باشد و به آن مال مرهونه و رهن نیز گفته می شود.»

برخی فقهای دیگر به عبارت ساده تر: رهن را عبارت از عقدی می دانند که به موجب آن مالی وثیقه دین قرار می گیرد.^{۶۴۸} از تعاریف فوق به خوبی بر می آید که عقد رهن برای «تضمین دین» است نه بر ذمه شخص. فرقی که میان رهن و کفالت نیز وجود دارد در همین نقطه ممتاز می گردد. زیرا، در کفالت توثیق و اعتماد بر ذمه کفیل است نه به مالی که در قبض داین است.^{۶۴۹}

۶۴۷. ناصر کاتوزیان (۱۳۹۶). حقوق مدنی، عقود معین (۴): عقود اذنی - وثیقه های دین، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۴۳۸۲.

۶۴۸. عبدالفتاح عبدالله البرشومی (۱۴۲۴). احکام الرهن و الشفعة فی الفقه الاسلامیة، چاپ دوم، مصر: الأزهر، ص ۶.

۶۴۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۲۰۷ و ۴۲۰۸؛ _____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهیة، جلد (۲۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیة، صص ۱۷۵ و ۱۷۶؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمّدی سقر، ص ۲۷۶؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری

۲) رهن رسمی: طبق ماده ۱۸۳۲ ق. م: «رهن رسمی عقدی است که به سبب آن داین حق عینی را بر عقراری که برای ایفاء دین تخصیص یافته، کسب می نماید و به مقتضای آن بر سایر داینین عادی و داینین پایین مرتبه از خود حق تقدم را داشته و دین خود را از عقرار مذکور به هر دستی که باشد حصول نموده می تواند». طبق نص این ماده رهن رسمی دارای خصوصیات ذیل است:

۱- رهن رسمی مانند رهن حیازی عقد است که میان رهن ردهنده و رهن گیرنده منعقد می گردد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و خانه خویش را تضمین دین به محمود بدهد، دادن خانه به محمد عقد رهن رسمی است.

۲- رهن رسمی صرف بر عقرار مرتب می شود نه بر منقول. بنابراین، در رهن رسمی عقرار مرهونه تحت حیازت رهن باقی می ماند ولی برای پرداخت دین داین مرتهن تخصیص می آید. پس، رهن صلاحیت فروش آن را دارا می باشد و در صورتی که پرداخت دین توسط مدیون یا رهن متعذر گردد و عقرار مرهونه به فروش رسد مرتهن یا داین نسبت به سایر داینین در حصول دین خود حق تقدم پیدا می نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و خانه خویش را به عنوان تضمین دین به محمود بدهد، دادن خانه به محمد عقد رهن رسمی است. اگر در این صورت، احمد مدیون جمشید نیز باشد و جمشید خانه احمد را به رهن نگیرد، محمود داین مرتهن دارای حق اولویت و جمشید داین عادی است. در صورت فروش خانه، اول محمود دین خویش را می گیرد و سپس جمشید.

۳- عقرار در هر دستی که باشد داین مرتهن می تواند از آن پول خویش را حاصل نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف رهن رسمی است.

دوم) حق حبس

طبق ماده ۲۳۶۸ ق. م: «حق حبس مال، حق تبعی ای است که به منظور تضمین دین بر مال مرتب می گردد». طبق نص این ماده حق حبس مال عبارت از حق عینی تبعی است که به منظور تضمین دین داین توسط مدیون بر مال مدیون مرتب می گردد. بنابراین، این حق به نفع داین و به ضرر مدیون بر مال مدیون مرتب می گردد. به نظر می رسد منظور از حق حبس مال، تضمین دین داین است تا در صورت عدم پرداخت دین، داین مال را به فروش رسانیده و از پول فروش مال دین خویش را حصول و نسبت به سایر داینین عادی مدیون حق تقدم داشته باشد.

به حیث مثال، اگر احمد ده عراده موتر را به محمود به فروش رساند و محمود پول موتر را به احمد تسلیم ننماید، احمد می تواند موتر را حبس نماید و به حق حبس موتر در برابر محمود و داینین محمود

استناد نماید. احمد در این مثال بایع، محمود مشتری و کسانی که بر محمود دین یا قرض دارند داینین محمود اند.

سوم) حق اختصاص

اختصاص در لغت به معنی خاص کردن، خاص گردانیدن و ویژه شدن است.^{۶۵۰} در اصطلاح حقوقی حق اختصاص حق عینی تبعی است که به موجب حکم محکمه ذیصلاح برای داین به وجود می یابد و محل آن عقار است. بنابراین، هر داینی که حکم واجب التنفیذ را مبنی بر الزام مدیون به شی معین به دست داشته باشد، می تواند حق اختصاص را بر عقار مدیون خویش به منظور تضمین اصل دین و مصارف حاصل نماید.^{۶۵۱} وجه اشتراک حق اختصاص با رهن رسمی این است که هر دو از حیث آثار مشابه هستند. اما، وجه افتراق حق اختصاص و رهن رسمی این است که منبع رهن رسمی عقد و منبع حق اختصاص حکم واجب التنفیذ محکمه ذیصلاح است.^{۶۵۲}

فرق دیگر حق اختصاص و رهن این است که رهن امکان دارد بر عقار و منقول واقع گردد، اما حق اختصاص صرف بر عقار مدیون ثابت می گردد. وجوه اشتراک دیگر رهن و حق اختصاص این است که هر دو از شاخه های حق های عینی تبعی اند و هر دو برای تضمین دین داین به ضرر مدیون بر اموال او مرتب می گردند. هدف از حق اختصاص تضمین دین داین است. به حیث مثال، اگر مدیون در کابل زندگی نماید و عقار وی در پغمان باشد، داین مکلف است عریضه را به محکمه ابتدائیه ولسوالی پغمان تقدیم نماید.

در هر حال، داین مکلف است در عریضه اسم، لقب، حرفه، اقامتگاه خود و مدیون، تاریخ صدور حکم الزامیت مدیون، اسم محکمه ذیصلاح که عریضه به آن تقدیم می شود، مقدار دینی را که بر مدیون دارد، موقعیت عقاری که می خواهد حق اختصاص را بر آن ایجاد نماید ذکر نماید. همچنین، داین باید سندی را که در آن قیمت عقار تعیین شده است ضمیمه عریضه نماید. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می یابد که داین برای ایجاد حق اختصاص مکلف است: عریضه، کاپی حکم الزامیت مدیون و سند تعیین قیمت عقار مورد نظر را به محکمه ذیصلاح ارایه نماید.

چهارم) حق تقدم

طبق ماده ۲۳۸۶ ق. م: «تقدم، عبارت از برتری است که قانون برای حق معین به اساس وصف آن حکم می نماید. حق برتری به اساس حکم صریح قانون ثابت می گردد.» از این ماده به خوبی استنباط می گردد که حق امتیاز عبارت از تقدم حق ممتاز بر سایر حقوقی است که حق ممتاز نسبت به آنها تقدم دارد. حق تقدم به موجب نص قانون نظر به وصف آن معین می گردد. پس، قانون برخی حقوق را نظر به

۶۵۰. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۸۶.

۶۵۱. داد محمد نذیر (۱۳۸۹). مبادی علم حقوق، چاپ اول، کابل: انتشارات رسالت، ص ۵۰.

۶۵۲. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱۰)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۶۶۰.

وصف آنها ممتاز می‌سازد. بنابراین، نه اراده اشخاص و نه قاضی می‌تواند حقی را نسبت به سایر حقوق مقدم بشمارد. پس، به عنوان یک قاعده می‌توان گفت که: هیچ حق امتیازی وجود ندارد مگر به موجب نقص قانون. سبب امتیاز این حقوق بر حسب نوع حق فرق می‌نماید.

مبنای برخی این حقوق اعتبارات انسانی است، مانند: حق امتیاز اجرت خدمه و عمال، زیرا این نوع اجور جهت معیشت آنها ضروری است. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را در برابر دین خویش به رهن یا حق اختصاص بگیرد و در عین حال محمود قرضدار جمشید نیز باشد اما جمشید خانه را به رهن نگیرد، در صورت فروش خانه، دین احمد نسبت به جمشید مقدم و برتر است. این برتری براساس حکم قانون صورت می‌گیرد.

به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین محمود را به اجاره بگیرد و محمود قرضدار جمشید باشد و جمشید اموال منقول محمود را که با آن در زمین کار می‌نماید مانند تراکتور، مرکب، گاو و نظیر اینها را به رهن حیازی بگیرد و در نهایت این اموال به فروش رسد، اجرت زمین احمد و سایر حق‌هایی را که احمد بر محمود بر به موجب عقد اجاره دارد باید پرداخت شود.

با توجه به آنچه بیان گردید در موارد آتی فرق بین حق عینی اصلی و حق عینی تبعی ظاهر می‌گردد:

(۱) در حق عینی اصلی صاحب حق، مالک رقبه و منفعت شی‌پنداشته می‌شود و به صورت مستقیم و بلاواسطه به صورت تام می‌تواند از آن استفاده نماید. ولی، در حق عینی تبعی رقبه و منافع ملک به مدیون تعلق دارد و داین می‌تواند در صورت عدم پرداخت دین توسط مدیون، به اجازه محکمه ذیصلاح عین را تحت رهن قرار داده و از طریق بیع مال مرهونه دین خود را وصول نماید؛

(۲) حق عینی اصلی مستقل است و تابع هیچ دینی نیست. در حالی که حق عینی تبعی تابع دین است و در صورت پرداخت دین از بین می‌رود؛

(۳) صاحب حق عینی اصلی مالک ملکیت منفعت و رقبه آن می‌باشد. در حالی که صاحب حق عینی تبعی نه مالک ملکیت رقبه (ذات عین) و نه هم مالک منفعت آن می‌باشد؛ و

(۴) صاحب حق عینی اصلی از ملکیت خود به صورت مستقیم استفاده می‌نماید و صلاحیت هر گونه تصرف در آن را دارد. در حالی که صاحب حق عینی تبعی به صورت غیرمستقیم به وسیله محکمه ذیصلاح حق خود را بالای عین اعمال می‌نماید.

ب) حق شخصی (تعهد / حق دینی، وجیهه، التزام) و فرق آن با تکلیف

به نظر می‌رسد نویسندگان ق.م زمانی که می‌خواستند، احکام مندرج جلد دوم ق.م را از روی قانون مدنی جدید ۱۹۴۹ مصر ترجمه کنند، در ترجمه «التزام» که به آن حق شخصی نیز می‌گویند، گیج شده و به عوض این کلمه گاهی کلمه حق شخصی (ماده ۴۸۸)، حق (ماده ۴۹۲)، تعهد (ماده ۴۸۸)، وعده (ماده ۷۰۱) وجیهه (ماده ۴۹۵) را به کار برده اند که این امر از یکسو متشرح، قاضی، محصل حقوق و ... را دچار اشتباه و سردرگمی می‌نماید، و از سوی دیگر فهم احکام مربوط به تعهدات را بی

نهایت مشکل می نماید. اما، به نظر می رسد ترجمه دقیق التزام که در عربی به آن حق شخصی نیز می گویند، تعهد است.

التزام از ریشه «لزم» به معنای پای بندی، کاری را بر خود لازم گرفتن، ملتزم شدن، متعهد شدن و بر عهده گرفتن است و در اصطلاح حقوقی هر آن تصرفی است که متضمن انشای حق یا انتقال، تعدیل یا پایان دادن به آن باشد که گاه از یک فرد صادر می شود مانند: وقف، ابراء، طلاق بدون مال و گاهی هم از دو کس مانند: بیع، اجاره و طلاق در برابر مال. این واژه در فقه گاهی اوقات مترادف با کلمه عقد به کار برده می شود که البته مراد از آن عقد به معنای عام است. ولی، در معنای خاص کلمه با عقد متفاوت است، چرا که در این صورت عقد تنها نوعی خاصی از التزام است که عبارت از هر آن تعهدی است که از دو شخص صادر شود مانند: بیع، اجاره، رهن و نظیر اینها، در حالی که التزام از این تعریف عقد عام تر بوده و هر آنچه را نیز که از یک شخص صادر شود، در بر می گیرد مانند: وقف، نذر، سوگند و امثال اینها.^{۶۵۳}

بآنکه تعهد را در عربی التزام می گویند و بسیاری از کتاب های که در باره تعهدات به زبان عربی تألیف گردیده است، نیز به نام احکام التزام، منابع التزام، آثار و اثبات التزام و غیره یاد می شوند، اما به نظر می رسد نویسندگان ق. م این اصطلاح را مستقیماً در ق. م به کار نبرده اند. بنابراین، این اصطلاح در ق. م استعمال نگردیده است.

وجوبه نیز ترجمه التزام است که در مواد متعدد در ق. م به کار رفته (مثلاً: ماده ۴۹۵). روی همین دلیل، در افغانستان حقوق تعهدات را حقوق وجایب می گویند. اما، وجوبه از ریشه «وجب» گرفته شده که در لغت به معنی لازم و ضروری است، چنانچه در لسان العرب، معجم الوسیط، مصباح المنیر و سایر فرهنگ های دری و عربی به این معنی آمده است. در اصطلاح فقهی و اصولی نیز واجب، عبارت از هر آن فعلی است که شارع آن را به طور حتم و الزام از مکلف خواسته باشد.

برخی دیگر نیز می گویند: واجب به معنی ثابت و لازم است، و در اصطلاح اصولیان عبارت از چیزی است که شرع عقوبتی را بر ترک آن اشعار کند. برخی گفته اند: چیزی را واجب گویند که تارک آن بر بعضی وجوه شرعاً مذموم است و بعضی دیگر گویند: واجب چیزی است که تارک آن مستحق عقاب است. چنانچه گفته اند: واجب آن است که فاعلش مستحق ستایش و تارکش سزاوار نکوهش باشد.^{۶۵۴} در

۶۵۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کوپته: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۲۰؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۲۹؛ و مهدی شهیدی (۱۳۸۴). تشکیل تعهدات و قراردادهای، چاپ چهارم، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، صص ۴۱ و ۴۲.

۶۵۴. عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۳۱؛ وهبة الزحیلی (____). اصول الفقه الاسلامی، جلد (۱)، پاکستان: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۶؛ ____ (۱۴۰۴ ه. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۴)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۳۲۹؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۲۱۰۵؛ حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۸۲؛ و محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی محمد معین، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۱۱۴۸.

حالی که فقهاء در تعریف حق شخصی یا التزام که در دری به آن تعهد می گویند، می گویند که: حق شخصی یا التزام عبارت از حقی است که شرع آن برای شخص معین بر شخص معین دیگر می دهد تا صاحب حق بتواند جانب مقابل را به دادن شی، اجرای عمل و امتناع از عمل وادار نماید.^{۶۵۵}

حقوقدانان نیز در تعریف حق شخصی می گویند که: حق دینی حقی است که شخص نسبت به دیگری پیدا می کند و به موجب آن می تواند انجام کاری را از او بخواهد. صاحب این حق را داین و کسی را ملزم به انجام امری است مدیون می نامند. اصل حق نیز به اعتبار صاحب آن دین است و به لحاظ مدیون، تعهد یا دین نام دارد.^{۶۵۶}

به هر حال، چون حقوق تعهدات را در افغانستان به نام حقوق وجایب یاد می نمایند، ما نیز این کتاب را به نام حقوق وجایب مسمی نمودیم هرچند استعمال کلمه وجیبه به عوض تعهد و التزام در حوزه حقوق خصوصی محل ایراد است. به نظر می رسد ترجمه دقیق و صحیح التزام تعهد است. تعهد از ریشه «عهد» به معنای شرط یا عهدی را پذیرفتن،^{۶۵۷} به گردن گرفتن کاری، به عهده گرفتن، نگاه داشتن، و عهد و پیمان بستن است که به نام حق شخصی و حق دینی نیز یاد می گردد.^{۶۵۸} در حقوق جرمنی تعهد عبارت است از رابطه حقوقی که به موجب آن یک شخص می تواند از شخص دیگر اجرا و یا پرداخت شی را تقاضا نماید.^{۶۵۹}

در فقه تعهد رابطه ای است قانونی میان دو شخص که به موجب آن ذمه یکی به نفع دیگری مشغول می شود. به عبارت دیگر: حقی که انسان بر عهده دیگری دارد یا عینی است که عبارت از قدرتی معین است که قانون برای شخص معین بر شی معین مقرر داشته است و یا شخصی است که عبارت از رابطه ای است میان دو کس (متعهد و متعهدله) که به موجب آن یکی فعل و یا ترک فعلی را بر عهده دیگری دارد.^{۶۶۰} برخی حقوقدانان تعهد را به دو معنی: معنی مصدری و اسم مفعولی تعریف نموده اند: در معنی مصدری

۶۵۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۵۰؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۸ م) المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۶؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۱۶.

۶۵۶. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۶۰؛ سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامی، ص ۴؛ وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۵۰؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۸ م) المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۶؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۱۶.

۶۵۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۱۱.

۶۵۸. محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی محمد معین، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۲۳۵.
659. Gerhard Robbers (2002). An introduction to German law. Translated into English by Miceal Jewll, 5th edi (____). p 161.

۶۶۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۱۱.

تعهد عبارت است از به عهده گرفتن انجام یا ترک عملی در برابر دیگری، خواه در برابر عوض باشد یا نباشد، مانند این که: کسی در برابر مالک کارخانه ای تعهد نماید که در برابر مبلغ معینی ماشین آلات کارخانه را نصب کند. شخصی را که انجام یا ترک عمل را به عهده می گیرد «متعهد» و شخصی که تعهد به نفع او به عهده گرفته می شود «متعهد له» و موضوع تعهد (نصب ماشین آلات) را «متعهد به» می گویند. به معنی اسم مفعولی تعهد عبارت است از وظیفه ای حقوقی که قانوناً بر عهده شخص متعهد، ثابت می شود که در صورت خودداری از انجام آن، به تقاضای متعهدله و به وسیله مرجع قضایی، ملزم به انجام آن می شود.^{۶۶۱}

برخی دیگر تعهد را به همان معنی حق شخصی یا حق دینی تعریف نموده اند: از این نقطه نظر، تعهد یا حق دینی حقی است که شخص نسبت به دیگری پیدا می کند و به موجب آن می تواند انجام کاری را از او بخواهد. صاحب این حق را داین و کسی را که ملزم به انجام امری است مدیون می نامند. اصل حق نیز به اعتبار صاحب آن دین است و به لحاظ مدیون، تعهد یا دین نام دارد.^{۶۶۲} ماده ۴۸۸ ق. م تعهد یا حق شخصی را چنین تعریف می نماید: «حق شخصی یا تعهد عبارت از رابطه ای است بین ذمه داین و مدیون که به اساس آن داین می تواند اعطاء شی، اجراء عمل یا امتناع از آن را از مدیون مطالبه نماید». قانونگذار مدنی در نص این ماده حق شخصی را مترادف با تعهد استعمال نموده است. نکات مهمی که در ماده مذکور ایجاب تفصیل را می نمایند عبارت اند از: رابطه، ذمه، اعطای شی، اجرای عمل و یا امتناع از اجرای عمل که هر یک ذیلاً به صورت خیلی مختصر توضیح می گردد:

(۱) رابطه: مقصود از رابطه در ماده مذکور بین ذمه داین و مدیون تسلطی است که داین بر اموال مدیون پیدا می کند و به موجب آن داین می تواند، با استفاده از دارایی او، وسایل اجرای تعهد را فراهم کند. این سلطه در ادوار مختلفه تاریخ در حال دگرگونی بوده است. چنانچه در ابتداء این سلطه به صورت سلطه که داین بر جسم و جان مدیون داشت ظهور کرد. سلطه مذکور در این دوره بی نهایت گسترده بود و شامل حق اعدام و به بردگی گرفتن مدیون نیز می شد. سپس این سلطه کم رنگ تر شد و به تسلط بر جسم و بدن مدیون مانند: حبس کردن مدیون گردید.

در زمان رومی ها و حقوق روم، تعهد دو ویژگی اکتساب نمود: به اعتبار رابطه شخصی میان داین و مدیون و به اعتبار موجودیت عنصر مالی که، حقی را برای داین و دینی را بر ذمه مدیون ایجاد می نمود که ویژگی اول به نام نظریه شخصی تعهد و ویژگی دوم به نام عنصر مادی یا موضوعی تعهد نامیده می شود. باوجود این اختلاف دیدگاه ها در باره تعهد، این دو ویژگی تا کنون حفظ گردیده است. نظریه ای که جنبه

۶۶۱. مهدی شهیدی (۱۳۸۴). تشکیل تعهدات و قراردادها، چاپ چهارم، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ص ۴۲.
 ۶۶۲. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۲۶۰؛ سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۵، جواد افتخاری (۱۳۸۲). حقوق مدنی: کلیات عقود و حقوق تعهدات، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان، صص ۱۵ و ۱۶.

شخصی تعهد را غالب می‌داند، نظریه ای فرانسوی است که از بقایای قانون روم است، و نظریه ای که جنبه مالی تعهد را غالب می‌داند، نظریه ای جدید آلمانی است:

۱- نظریه شخصی تعهد: در نظریه شخصی تعهد، عنصر اصلی در تعهد، رابطه شخصی میان داین و مدیون است؛ یعنی؛ اجازه تصرف در مال مدیون، به لحاظ رابطه ای حقوقی است که بین داین و شخص مدیون ایجاد می‌شود. در حقوق فرانسه، همین امر استاد پلنیول را وادار کرده است که در تعریف تعهد، رابطه شخصی را ملاک قرار بدهد. از همین رو، وی تعهد را رابطه ای حقوقی بین دو شخص تعریف کرده است که به اقتضای این رابطه داین حق استیفای شی معین را از مدیون اکتساب می‌نماید. از حقوقدانان آلمانی مشهورترین حقوقدانی که طرفدار این نظریه است، ساوینی (Savigny) است. وی تعهد را رابطه ای شخصی می‌داند که به موجب آن مدیون در برابر داین تسلیم می‌گردد.

به اعتقاد ساوینی این رابطه محدود تر از بردگی مدیون است. پس، سلطه ای که در برابر مدیون به داین داده می‌شود، گاهی موجب سلب کامل حریت؛ یعنی؛ رقیت کامل و ملکیت مطلق مدیون و گاه نیز موجب سلب بخشی از تحرک مدیون می‌گردد. در نوع اخیرالذکر، داین دارای حقی نزدیک به ملکیت می‌گردد، ولی نه خود ملکیت، بلکه حق خاص نسبت به عملی معین از زمره اعمالی که مدیون می‌تواند آن را انجام بدهد که «تعهد» نامیده می‌شود. بنابراین، تعهد، سلطه ای معینی است که به شخص جهت اعمال بر دیگری داده می‌شود. در نتیجه، ملکیت و تعهد در نظر ساوینی دو شی دارای ماهیت یکسانند. منتها، در ملکیت، تسلیم مدیون کلی است و در تعهد جزئی، ولی در هر دو عنصر تسلیم مدیون در برابر داین وجود دارد.

۲- نظریه مادی یا موضوعی: نظریه ای ساوینی چنانچه فوقاً بدان اشاره شد، منطبق بر نظریه ای رومی و برخلاف نظریه ای حقوقدانان آلمانی است. حقوقدانان آلمانی و در صدر آنها جی یرک (Gierke) نظریه ای شخصی تعهد را نپذیرفته اند و نظریه ای دیگری ارایه کرده اند، هرچند در نوشتن قانون از آن بهره جسته اند. ولی، به عنوان یک اصل نظریه ای آلمانی را بر آن غلبه داده اند. جی یرک ثابت کرد که دیدگاه آلمانی در مسأله تعهد، برخلاف حقوق رومی، رابطه ای شخصی را اصل نمی‌داند، بلکه به موضوع تعهد، جدا از رابطه شخصی، به عنوان عنصر اساسی می‌نگرد تا جایی که تعهد به عنصر مالی بیشتر نزدیک می‌شود تا به یک رابطه شخصی؛ بدین معنی که: از شخص و مدیون منفصل می‌گردد و به موضوع خود عجین می‌گردد و در نتیجه به یک شی مادی تبدیل می‌شود که اعتبار آن به ارزش مالی اوست. باید دانست که نظریه ای مادی تعهد محدود و منحصر به آلمان نماند، بلکه از طرف سالی (Salleilles) در فرانسه گسترش داده شد، ولی در حقوق فرانسه جای باز نکرد.

۳- نتایج عملی نظریه مادی تعهد: نظریه ای مادی تعهد یک دیدگاه نظری محض نبوده، بلکه موجب ایجاد نتایج عملی نیز گردیده است. این نظریه موجب افزایش سرعت معاملات و تشدید حرکت تولید و

توسعه صنایع بزرگ شد. در ضمن، نظریه مادی تعهد، رابطه بین شخص و مدیون را تضعیف نموده و موجب ایجاد آثار ذیل گردید:

- چون در تعهد توجه اصلی به موضوع آن است، نه طرفین تعهد، به راحتی می توان تغییر طرفین تعهد را تصور کرد. این تغییر چنانچه فوقاً بدان اشاره شد، نه تنها منوط به داین بوده، بلکه شامل مدیون نیز می شود چنانچه قانون مدنی فرانسه با وصف آنکه نظریه ای شخصی تعهد را نپذیرفته است، این انتقال را مورد پذیرش قرار داده است. بنابراین، در حقوق فرانسه در کنار انتقال طلب، انتقال مدیون نیز مرعی الاجراء است. حقوق کشورهای پیرو نظریه ای مادی نظیر: آلمان و سویس نیز بدان معترف اند و ق. م. ج. م نیز از این نظر متأثر گردیده است و قانون مدنی افغانستان نیز از آن پیروی نموده است.

- از آنجا که رابطه شخصی عنصر اساسی تعهد پنداشته نمی شود، ممکن است تعهدی در زمان ایجاد، بدون مدیون ایجاد گردد و تعهد صرف به مدیون مستند باشد، ولی هرگاه رابطه شخصی عنصر اساسی تعهد باشد، از آنجایی که تعهد عبارت از رابطه شخصی میان داین و مدیون است، ایجاد تعهد بدون داین و مدیون متصور نیست و بنابراین هرگاه یکی از این دو وجود نداشته باشد، این رابطه برقرار شده نمی تواند.

با وجود این، هرگاه نظریه مادی تعهد برگزیده شود، امکان آن میسر خواهد شد که تعهدی متصور شود که باری را بر عهده مدیون نسبت به مال وی ایجاد کند بدون اینکه در زمان ایجاد این تعهد، داین وجود داشته باشد. پس، کافی است در زمان اجرای تعهد، داین جهت استیفای تعهد به مدیون قدم پیش گذارد. بدون تردید، در تحلیل تعهد بدین شکل، اغلب از مسایل حقوقی که تفسیر آنها با التزام به نظریه شخصی قابل تفسیر نمی باشد، ممکن می گردد که مهم ترین آنها قرار آتی اند:

- تعهد مدیون به تنهایی، بدون وجود داین مشخص: مواردی ملاحظه می شود که شخص بدون موجودیت شخص متعهد به اجرای عملی می گردد مانند: تعهد یک شخص به اعطای جایزه به شخصی که گمشده وی را دریابد. در این مثال، وعده دهنده براساس اراده خود به تنهایی متعهد گردیده و تعهد بدون مدیون است، ولی با این فرض که به هنگام اجرای تعهد پیدا خواهد شد شکل گرفته است. چنین تحلیلی، جز با پذیرش نظریه ای مادی میسر نیست، ولی بر مبنای نظریه ای شخصی، جز با وجود داین و مدیون در زمان شکل گیری تعهد، ایجاد تعهد میسر نمی باشد؛ و

- اشتراط به نفع شخص ثالث: این نظریه در مورد عقد بیمه به نفع شخص غیر معین یا شخصی که هنگام انعقاد تعهد به دنیا نیامده است، قابل تطبیق است، مانند اینکه: شخصی خود را به سود فرزندانش که هنوز به دنیا نیامده اند، بیمه عمر کند که در محل آن در باره آن صحبت خواهیم نمود. بنابراین، هرگاه در

این مثال، معتقد به نظریه ای شخصی تعهد باشیم، تغییر تعهد ممکن نیست، مگر اینکه آن را براساس نظریه ای مادی تفسیر کنیم.^{۶۶۳}

۲) ذمه: ذمه از ریشه «ذم» گرفته شده که به معنای امان، عهد، ضمان، و پیمان است، چنانچه در تعریف جرجانی آمده است: ذمه در لغت به معنای عهد است. زیرا، شکستن آن موجب سرزنش و مذمت می گردد. در اصطلاح حقوقی ذمه عبارت از صفتی است که انسان به موجب آن اهلیت التزام پذیری را می یابد. در اصطلاح فقهی چنانچه استاد مصطفی احمد الزرقاء و وهبت الزحیلی می گویند: ذمه محل اعتباری در شخص است که دیون و التزامات بر آن واقع می گردد.

به موجب این تعریف، هرگز نمی توان دینی را بر عهده انسان ثابت کرد، مگر به تصور محل اعتباری فرض شده ای که وجود آن در هر انسانی مقدر باشد که به این محل مفترض ذمه گویند. در نتیجه، ذمه از اهلیت متفاوت است. زیرا، اهلیت عبارت از صلاحیت شخص برای ثبوت حقوق برای او و تحمل واجبات است، آنگاه تحمل واجبات و التزامات (تعهدات) مستلزم وجود محلی در شخص است تا آن واجبات یا دیون در آن استقرار یابد. بنابراین، اهلیت صلاحیت است و ذمه محل اعتباری که در آن التزامات واقع می گردد. ذمه با ولادت انسان آغاز و با وفات وی منتهی می گردد و دارای خصایص آتی می باشد:

۱- ذمه از جمله صفات اشخاص طبیعی، مانند: انسان یا حکمی، مانند: شرکتهای می باشد. بنابراین، جنین قبل از ولادت دارای ذمه نمی باشد. پس، اتهام به جنین صحیح تلقی نمی گردد. ولی، وصیت به جنین به شرط زنده متولد شدن وی صحیح تلقی می گردد. همچنین، حیوان دارای ذمه نمی باشد و در صورتی که شخص به حیوان شی را به قصد تملیک وصیت نماید، چنین وصیتی باطل است؛

۲- هر شخص بعد از ولادت دارای ذمه می باشد، زیرا ذمه از جمله توابع شخصیت است؛

۳- ذمه قابل توسیع و عدم توسیع نمی باشد. بنابراین، ذمه همه انواع دیون را ولو بزرگ باشد می پذیرد، زیرا آن محل اعتباری در شخص می باشد؛

۴- ذمه متعلق به شخص است نه بر اموال و ثروت شخص؛

۵- تعدد ذمه در اشخاص وجود ندارد. پس، هر شخص دارای ذمه واحد می باشد. علت این امر این است تا شخص بتواند با آزادی کامل اعمال تجارتي را انجام دهد و در صورت مدیون شدن قادر به ایفاء دین گردد؛ و

۶- ذمه محل عام برای همه انواع دیون با عدم در نظر داشت تفوق یک دین بر دین دیگر می باشد.^{۶۶۴}

۶۶۳. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۱۵-۱۲۵.

۶۶۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص

۱۰۰۰-۱۰۰۳؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۸۸ - ۲۸۹۰

۳) اعطای شی، اجرای عمل و امتناع از اجرای عمل: موضوع حق شخصی یا تعهد ممکن است عمل باشد، مانند: حق بایع در تسلیم ثمن و از مشتری در تسلیم میعه، یا دین باشد، مانند: حق داین بر مدیون، یا امتناع از اجرای عمل باشد، مانند: حق مؤدع بر مستودع در عدم استعمال ودیعه.^{۶۶۵} بنابراین، به موجب تعهد یا حق شخصی، صاحب حق شخصی یا داین می تواند اعطای شی، مانند: پرداخت دین، اجراء عمل، مانند: رد مال مغضوبه توسط غاصب؛ یا امتناع از عمل، مانند: عدم استعمال ودیعه توسط مستودع را از مدیون مطالبه نماید:

۱- اعطای شی: منظور از اعطای شی انتقال حق عینی؛ یعنی: مال یا حق شخصی: یعنی، دین توسط مدیون به داین است مانند: انتقال مبیع توسط بایع به مشتری و یا انتقال دین توسط مدیون به داین.

۲- اجرای عمل: منظور از اجرای عمل، انجام کاری است که مدیون اجرای آن را به عهده می گیرد. به حیث مثال، اگر احمد محمود را غرض پیش بردن دعوی وکیل بگیرد، احمد داین و محمود مدیون است و محمود مکلف است دعوی احمد را در محکمه پیش ببرد. همچنین، اگر احمد محمود را غرض رنگمالی خانه اش به اجاره بگیرد، احمد داین است و محمود مدیون و محمود متعهد است تا خانه را رنگمالی نماید.

۳- امتناع از اجرای عمل: مقصد از امتناع از اجرای عمل، عدم اجرای کاری است که مدیون تعهد می نماید تا آن را اجراء ننماید، مانند: امتناع مستودع از استعمال ودیعه. برخی مثال های دیگر امتناع از عمل قرار ذیل است:

۱- اگر یک شرکت ساختمانی یک انجینیر را غرض طرح نقشه استخدام نماید و در قرارداد پیش بینی شود که انجینیر برای سایر شرکت ها نقشه طراحی ننماید، انجینیر مکلف به امتناع از طرح نقشه برای سایر شرکت ها است.

۲- اگر یک پوهنتون (دانشگاه) خصوصی یک استاد لایق را استخدام نماید و در قرارداد پیش بینی شود که استاد به سایر دانشگاه ها تدریس ننماید، استاد مکلف به امتناع از اجرای عمل است.

در اخیر این مبحث باید متذکر شد که تعهد با تکلیف فرق دارد. تکلیف از ریشه کلف گرفته شده که در لغت به معنی وادار کردن به کاری دشوار است، چنانچه در لسان العرب آمده است: کلفه تکلیفاً، أى امره بما شق علیه؛ یعنی او را به کاری دشوار فرمان داد. در اصول به درخواست (امر نهی شارع) از مکلف در انجام یا عدم انجام (فعل و ترک فعل) کاری دشوار تکلیف گویند.

بنابراین، تکلیف اولاً متوجه مکلف است و غیر مکلف تکلیفی ندارد. موضوع تکلیف نیز حتماً فعل یا ترک فعل است. در شرع تکلیفی قابل پذیرش است که از طرف شارع باشد و بالآخره تکلیف همیشه باید

توأم با نوعی مشقت (حتی ظاهری) باشد. در نتیجه، اموری از قبیل نفس کشیدن هیچ وقت نمی تواند موضوع تکلیف قرار گیرد.^{۶۶۶}

در حقوق نیز تکلیف به امری گویند که فرد ملزم به انجام آن می باشد و هرگاه برخلاف آن رفتار نماید به جزایی که در خور آن امر است، دچار می گردد. در هر موردی که قانون حقی را برای شخصی پیش بینی نماید، ناچار تکلیفی برای دیگری یا دیگران ایجاد می نماید. بنابراین، در برابر هر حقی، تکلیفی موجود است. حق و تکلیف مانند دو کفه ترازو هستند که توازن آن در عالم عدالت باید رعایت گردد. از همین جهت می گویند: هرگاه شخصی پیدا شود که تنها در جزیره گمنام سکونت داشته باشد که هیچ ساکن دیگری نداشته باشد، هیچ گونه حقی نمی تواند دارا گردد و اموالی که در آنجا یافت می شود و از آن استفاده می نماید، ملک او شناخته نمی شود. کسی که تکلیف به عهده او گذارده شده ناچار غیر از کسی است که دارای حق می باشد.

به عنوان مثال، در مورد ملکیت خانه مالک خانه دارای حق مالکیت است و افراد دیگر مکلف به احترام آن حق هستند و نمی توانند به حق او تجاوز نمایند. پس، تکلیف نسبت به تعهد عامتر است و همه افراد را در بر می گیرد، مانند: احترام به حق عینی که همه مکلف اند عینی دیگری را محترم بشمارند. اما، تعهد نسبت به تکلیف خاص تر است و صرف شامل مدیونین می شود، مانند: پرداخت دین که صرف مدیون مکلف است آن را به داین بپردازد.

به عبارت دیگر: در برابر هر حق تکلیفی وجود دارد. گاهی این تکلیف ناظر به اجرای موضوع حق است و شخص باید کاری را که صاحب حق می خواهد، انجام دهد. در این صورت، هرگاه کاری که باید انجام شود، مربوط به امور مالی باشد، او را «مدیون» یا متعهد یا ملتزم می نامند. بنابراین، اگر شخص حق داشته باشد که از دیگری مقداری پول، یا احداث بنایی را بخواهد، کسی که مکلف است این تکلیف را انجام دهد، مدیون و متعهد است. بنابراین، کلمه مدیون و متعهد ویژه امور مالی است و وظیفه اشخاص را در امور غیرمالی حتی اگر مربوط به انجام دادن کاری باشد، تکلیف می نامند، مانند: تکلیف مربوط به حضانت و حسن معاشرت و تمکین.

در واقع، این گونه تکالیف الزامی است در برابر حکم قانونگذار نه در برابر حق دیگری.^{۶۶۷} بنابراین، تکالیف ناشی از قانون را تکلیف و اشخاصی که مکلف به رعایت این تکالیف اند را مکلف و تکالیف ناشی از دین را تعهد و مدیون را متعهد می نامند. پس، میان تکلیف و تعهد رابطه عموم و خصوص وجود دارد؛ به این توضیح که: هر تعهد تکلیف است، ولی هر تکلیف تعهد نیست. همچنین، وجبیه با وظیفه

۶۶۶ . مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۳۴.

۶۶۷ . ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۲۴۹ و ۲۵۰؛ سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۱۱.

فرق دارد. وظیفه در لغت به معنی کار و خدمت، کاری که انسان مکلف به انجام آن است، می باشد که جمع آن وظایف است.^{۶۶۸} به نظر می رسد تفاوتی که میان وظیفه، تکلیف و وجیبه وجود دارد این است که تکلیف عام است و وظیفه خاص. به این معنی که وظیفه بیشتر در ادارات استعمال می شود و تکلیف در هر موردی که فرد مکلف به اجرای کاری باشد. وجیبه بیشتر در ساحهٔ اصول فقه و حقوق وجایب (تعهدات) استعمال می شود و ناظر بر تعهداتی است که از اعمال و حوادث حقوقی ناشی می شوند. تفاوت وجیبه، تعهد، تکلیف و وظیفه در جدول ذیل بیان می گردد:

تفاوت‌ها	شخصی که عمل به نفع او اجرا، عدم اجرا و یا شی پرداخت می شود	شخصی که عمل را اجرا، عدم اجرا و یا شی را پرداخت می نماید	اجرا و عدم اجرای عمل و پرداخت شی
فرد به نفع فرد در ساحهٔ حقوق خصوصی	متعهدله	متعهد	تعهد
فرد به نفع فرد در ساحهٔ حقوق مدنی	ملتزم	ملتزم	التزام
فرد به نفع فرد در ساحهٔ حقوق مدنی	اشتقاق علمی - لغوی ندارد	اشتقاق علمی - لغوی ندارد	وجیبه
فرد به نفع اداره در ساحهٔ حقوق عامه	اشتقاق علمی - لغوی ندارد	موظف	وظیفه
فرد در برابر دولت و فرد به طور عام در ساحات مختلف	اشتقاق علمی - لغوی ندارد	مکلف	تکلیف

حقوق			
------	--	--	--

طبق فقه تعهد یا حق شخصی دارای سه رکن است: صاحب حق (داین)، محل حق (پرداخت شی، اجرای عمل و یا امتناع از عمل) و مدیون (مکلف).^{۶۶۹} در حقوق نیز تعهد دارای سه رکن است: (۱) رابطه قانونی میان ذمه داین و مدیون که بر اساس آن داین می تواند ادای دین، اجراء و یا امتناع از اجرای عمل را از مدیون مطالبه نماید؛ (۲) محل وجبیه که ممکن است پرداخت شی و یا اجراء و یا امتناع از اجرای عمل باشد؛ و (۳) طرفین وجبیه یا تعهد که همان متعهد و متعهد له اند. نویسندگان ق. م مسأله موضوع تعهد را در جلد دوم، مواد ۴۸۹ و ۴۹۰ تنظیم نموده است:

(۱) طبق ماده ۴۹۰ ق. م: «تعهد به عین، آن است که آن را ذات عین معین به غرض تملیک عین یا منفعت آن و یا به غرض تسلیم یا حفاظت عین تشکیل بدهد». از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که موضوع تعهد امکان دارد عین باشد. منظور از محل تعهد قرار گرفتن عین، تملیک عین منفعت عین، تسلیم و حفاظت آن است:

۱- تملیک عین: منظور از تملیک عین، انتقال ملکیت عین از متعهد به متعهد له است. به حیث مثال، در عقد بیع، بایع متعهد می شود تا مبیع معین را در برابر ثمن به مشتری تملیک نماید. همچنین، در عقد قرض، قرض دهنده عین پول و یا مال مثلی را به قرض دهنده منتقل می کند و قرض گیرنده در زمان مقرر مثل آن را به قرض دهنده منتقل می نماید.

۲- تملیک منفعت: منظور از تملیک منفعت، تملیک منفعت عین توسط متعهد به متعهد له است. به حیث مثال، در عقد اجاره، مؤجر منفعت عین مستأجره (مثلاً سکونت در خانه و یا رکوب موتر) را به مستأجر در برابر اجرت تملیک می نماید. باید علاوه نمود که تسلیم در ماده ۴۹۰ مترادف با تملیک است به رغم این که از نظر لغوی تملیک به معنی انتقال ملکیت و تسلیم به معنی سپردن و تحویل دادن موضوع تعهد توسط متعهد به متعهد له است.

۳- حفاظت عین: منظور از حفاظت عین، حفاظت عین توسط متعهد به نفع متعهد له است. به حیث مثال، در عقد امانت، امانت گیرنده متعهد می شود تا آنچه را که نزد او امانت دهنده گذاشته است، حفظ و نگهداری نماید. همچنین، طبق ق. م امکان دارد موضوع تعهد پرداخت دین باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف تعهد به عین است.

(۲) طبق ماده ۴۸۹ فقرة اول ق. م: «تعهد به دین، آن است که موضوع آن نقود یا اشیای مثلی باشد». از نص این ماده به خوبی بر می یاید که موضوع تعهد می تواند دین باشد. منظور از دین در این ماده قرض است. چنانچه تفصیل عقد قرض در جلد عقود معین این دور از شرح ق. م خواهد آمد، محل قرض امکان دارد پول نقد و یا شی مثلی باشد. بنابراین، در عقد قرض، قرض دهنده

مکلف است ملکیت پول نقد و یا شی مثلی را به قرض گیرنده انتقال دهد و قرض گیرنده در موعد مقرر پول و یا شی مثلی را به قرض دهنده رد نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نصوص این مواد پیش بینی اموری است که می توانند محل تعهد قرار بگیرند. از آنچه گفته شد، به این نتیجه می رسیم که طبق ق. م موضوع تعهد می تواند تملیک عین، تملیک منفعت، حفظ عین و نقل و تملیک دین باشد.

موضوع قرار گرفتن تملیک عین، منفعت و انتقال دین که اعطای شی نامیده می شود و حفاظت عین امروزه ناقص به نظر می رسد، زیرا امروزه علاوه بر اینها اجرا و امتناع از اجرای عمل نیز موضوع تعهد قرار می گیرد: تعهد به اجرای عمل انواع مختلف دارد و نمی توان همه انواع آن را احصاء نمود، مانند: تعهد به ترمیم شی، صنع شی که شامل تعهد هر اجیر به عمل اجاره می گردد.

همچنین، تعهد به عمل شامل تعهد به عین و دین نیز می گردد. زیرا، رد ودیعه و مغضوبه نوع عمل است همانظوری که ایفای دین نوع عمل است. تعهد به امتناع از اجرای عمل، برخلاف تعهد به انجام عمل که جنبه ایجابی دارد، جنبه سلبی دارد، مانند: تعهد مودع در عدم تعدی ودیعه، تعهد مرتهن مبنی بر عدم استعمال مرهون مگر به اجازه راهن، تعهد مستأجر مبنی بر استفاده معتاد و متعارف از عین مأجور و تعهد شریک مبنی بر عدم استعمال مال مشاع به نحوی که موجب تضرر شریک دیگر گردد.^{۶۷۰}

انسان ها برای ابقا و ادامه حیات، رفع نیاز و اجرای امور روزمره یکسلسله اعمال را به صورت ارادی انجام می دهند. همچنین، یک سلسله حوادث به صورت ارادی و یا غیرارادی از اشخاص سر می زند. اجرای اعمال و وقوع حوادث همه موجب ایجاد تعهد در عالم حقوق نمی شوند. به عنوان مثال، انسان ها روزمره ورزش می نمایند، تفریح می نمایند، صحبت می کنند، استحمام می نمایند، خرید و فروش می نمایند، کار می نمایند و ... همه این اعمال و حوادث برای انسان ها تعهد ایجاد نمی نمایند. در عالم حقوق اعمال و حوادثی که موجب ایجاد تعهد می شوند، از قبل معین شده اند.

لذا، پرسش این است که سبب چیست و سبب تعهد در علم فقه و حقوق چیست؟ در پاسخ به سؤال اول باید گفت که سبب تعهد که آن را باعث و موجب نیز می گویند عبارت است از امری که موجب ایجاد تعهد می شود. در پاسخ به سؤال دوم باید گفت که اسباب تعهدات در فقه پنج است که عبارت اند از: شرع، مانند: التزام پرداخت نفقه برای اقارب و زوجه و التزام ولی و وصی مبنی بر ولایت و وصایت بر صغار، عقد، مانند: بیع، اجاره و هبه؛ اراده منفرد (ایقاع)، مانند: نذر و وعده جایز (جعلیه)؛ فعل نافع، مانند: پرداخت بدون حق و فعل مضر، مانند: التزام

۶۷۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۵۰؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۸-۱۹۶۸م). المدخل الفقہی العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۷۰-۷۶.

متعدی و غاصب مبنی بر پرداخت ضمان آنچه غصب و تلف نموده است. امکان ادخال تمام مصادر مذکور در واقعه شرعی وجود دارد. واقعه شرعی یا طبیعی است، مانند: قرابت، مرض، همسایگی و نظیر اینها، و یا اختیاری.

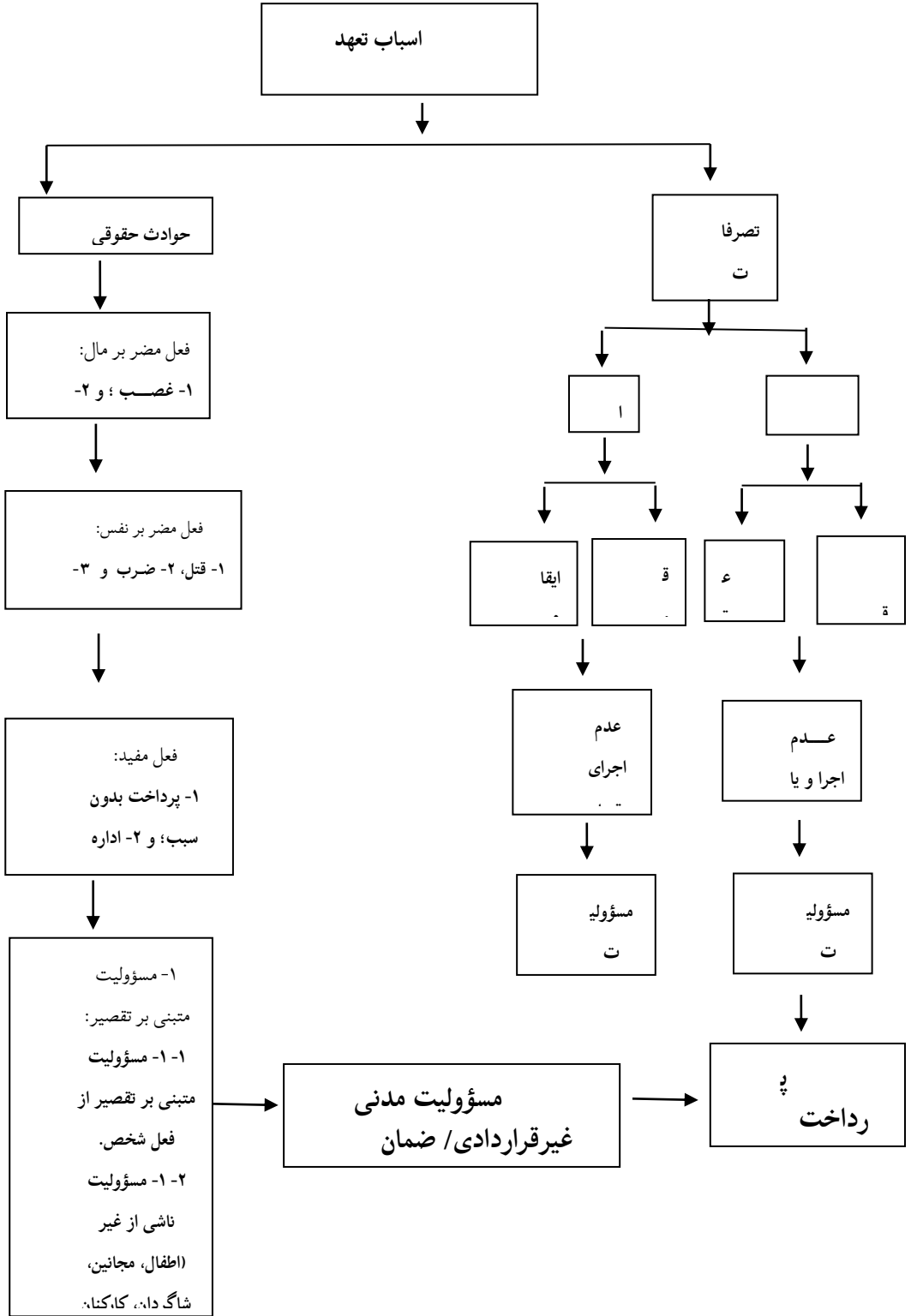
واقعه اختیاری نیز ممکن است اعمال مادی مضر، مانند: فعل مضر و یا اعمال مادی مشروع باشد، مانند: فعل نافع و تصرفات شرعی باشد. تصرفات شرعی نیز ممکن است یکجانبه باشد که عبارت از اراده منفرد یا ایقاع است و یا چند جانبه باشد، که عقد است. چنانچه ملاحظه می شود، مصادر مذکور اسباب و مصادر مستقیم تعهد است. ولی، مصادر غیر مستقیم کلیه تصرفات شرعی و افعال مادی شرعی است.^{۶۷۱}

نویسندگان ق. م منابع تعهد را به دو گروه: تصرفات حقوقی و حوادث حقوقی تقسیم نموده اند. ماده ۴۹۲ ق. م. ا در این باره می گوید: «منابع حق عبارت از عوامل حقوقی ای است که حق را به وجود آورده و مشتمل بر تصرف حقوقی و حادثه حقوقی می باشد.» طبق نص این ماده منابع تعهد تصرف و حادثه حقوقی است. منتها، نقضی که در این ماده به نظر می رسد این است که در این ماده به عوض کلمه تعهد «حق» ذکر گردیده است.

استعمال کلمه حق به عوض تعهد و یا هم حق شخصی محل ایراد به نظر می رسد، زیرا تعهد چنانچه گفته شد، دارای سه رکن است: رابطه قانونی میان ذمه داین و مدیون که بر اساس آن داین می تواند ادای دین، اجراء و یا امتناع از اجراء عمل را از مدیون مطالبه نماید؛ محل وجبیه که ممکن است پرداخت شی و یا اجراء و یا امتناع از اجراء عمل باشد؛ و طرفین وجبیه یا تعهد که همان متعهد و متعهد له اند. رکن اول تعهد متشکل از دو رکن فرعی است که عبارتند از دین و حق می باشد.

به عنوان مثال، هرگاه احمد مقداری پول به محمود به عنوان قرض بدهد و یا هم به موجب عقدی احمد متعهد به اجراء و یا امتناع از اجراء عملی در برابر محمود گردد، هرگاه به چنین دین و یا تعهد از نظر احمد نگریسته شود، حق و هرگاه از نظر محمود نگریسته شود، دین نامیده می شود. باید اضافه نمود که طبق ق. م. تقصیر که منبع مسؤولیت مدنی غیرقراردادی اند، نیز موجب ایجاد تعهد می شوند که در نمودار ذیل ارایه می گردد:

۶۷۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۵۵؛ و مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقہی العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۸۴-۱۱۱.



م
سؤولیت

سـوء

همچنین، طبق ماده ۴۸۹ فقره دوم ق.م: «(۲) تعهد در ذمه شخص متعهد، به موجب عقد یا تضمین لازم می‌گردد.» از نص این ماده به خوبی استنباط می‌گردد که تعهد برای متعهد به موجب عقد ایجاد می‌شود. به عنوان مثال، عقد بیع، اجاره، قرض، عاریت و ... تعهدات معین نسبت به طرفین عقد ایجاد می‌نمایند. اما، بخش دوم این ماده که تصریح می‌نماید که: تعهد در ذمه شخص به موجب تضمین لازم می‌گردد مبهم به نظر می‌رسد.

لذا، پرسش این است که تضمین چیست؟ و آیا تضمین مترادف با کفالت است؟ در پاسخ به پرسش اول باید گفت که تضمین از ریشه ضمن گرفته شده است که در لغت به معنی ضامن شدن و ضمانت کردن است. در اصطلاح حقوقی - فقهی به ضمانت کردن تعهد و یا دینی از سوی کسی غیر از متعهد و یا در مواردی با سپردن مال و یا وجهی از سوی متعهد تضمین می‌گویند، مانند این که: متعهد دینی را که بر ذمه وی به نفع دیگری است با دادن رهن تضمین کند.^{۶۷۲}

از آنچه گفته شد، به این نتیجه می‌رسیم که تضمین ضامن شدن است که به بیشتر به موجب رهن و یا کفالت متحقق می‌شود و رهن و کفالت طبق ق.م از زمره عقود معین اند. بنابراین، قید ایجاد تعهد به موجب تضمین زاید به نظر می‌رسد. به حیث مثال، اگر احمد محمود را غرض تدریس مضمون ریاضی برای پرسش به اجاره بگیرد، محمود متعهد به تدریس ریاضی می‌گردد.

عقد اجاره باعث ایجاد تعهد برای محمود می‌گردد. همچنین، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید تضمین نماید که در صورت عدم پرداخت دین توسط احمد، جمشید دین محمود را پرداخت می‌نماید، تضمین (کفالت) موجب ایجاد تعهد برای جمشید می‌گردد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن عقد و تضمین به عنوان دو منبع تعهد است.

۶۷۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۹۳.

ج) فرق بین حق عینی و حق دینی

بین حق عینی و حق دینی فرق های ذیل وجود دارد:

- ۱) در حق عینی چهار عنصر وجود دارد که عبارت اند از: ۱) صاحب حق؛ و ۲) موضوع یا محل حق؛ ۳) مالکیت که رابطه حقوقی بین «مالک» و «ملک» است؛ و ۴) جزا که عبارت از حمایت قانونی است. در حق دینی سه رکن وجود دارد که عبارت اند از: ۱) صاحب حق؛ ۲) موضوع حق یا دین؛ و ۳) مدیون. ۲) موضوع حق عینی همیشه عین یا یک شی مادی می باشد. ولی، موضوع حق دینی ممکن است دین، اجراء عمل یا امتناع از اجراء عمل می باشد؛^{۶۷۳}
- ۳) صاحب حق عینی نسبت به مال دارای حق تقدم وحق تعقیب است ولو مال را نزد هر کس و هر کجا پیدا نماید. به طور مثال، هرگاه شخصی مال شخصی را غصب نماید و آن را بفروشد و در آن تبادل ایدی صورت گیرد، مالک حق عینی می تواند بر علیه شخصی که مال را حایز می باشد اقامه دعوی نماید. ولی، در حق شخصی صاحب حق شخصی یا داین نمی تواند دین را از کسی به استثناء مدیون و یا نائب وی مانند کفیل و غیره مطالبه نماید؛
- ۴) حق عینی متعلق به عین معین می باشد نه بر ذمه شخص. همچنین، حق عینی قابل نقل از یک شخص به شخص دیگر است. ولی، حق شخصی متعلق به ذمه مکلف و یا مدیون می باشد و کسی دیگر جز کفیل و غیره قابل تعقیب نیست،
- ۵) در صورت فوت محل حق عینی، حق عینی ساقط و عقد باطل تلقی می گردد. به طور مثال، هرگاه مبیعه قبل از تسلیم توسط بایع به مشتری هلاک گردد، عقد بیع باطل تلقی گردیده و حق مشتری در تسلیم مبیعه ساقط می گردد؛ یا هرگاه خانه مورد اجاره حریق گردد، عقد اجاره باطل تلقی گردیده و حق انتفاع مستأجر از عین مستأجره ساقط می گردد. ولی، در صورتی که محل حق شخصی هلاک گردد، حق ساقط نگردیده و عقد باطل نمی شود. بنابراین، در صورتی که اموال مدیون هلاک گردد، حق داین ساقط نمی گردد، زیرا دین متعلق به ذمه است نه به مال؛ و^{۶۷۴}
- ۶) از نظر رابطه حقوقی، یک طرف حق عینی فرد و طرف دیگر مال است در حالی که هر دو طرف رابطه حقوقی در حق شخص فرد (داین و مدیون) اند.

مبحث پنجم) سایر تقسیمات

گفتار اول) تقسیمات حق العبد به اعتبار به ارث بردن

۶۷۳. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). اموال و مالکیت، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان، ص ۱۸.
 ۶۷۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کوئته: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۵.

به اتفاق آرای فقهاء، حقوقی که هدف از آن توثق (وفا به عهد و پیمان) است، مانند: حبس مال مرهونه جهت اداء دین، حبس میعه توسط مشتری جهت استیفاء ثمن و حق کفالت در برابر دین و غیره، قابل توارث است چراکه اینها از زمره حقوق لازم و مؤکده است.

همچنین، به اتفاق نظر همه فقهاء حقوق مالی، مانند: عمار، منقول، نقد، دین، دیه و غره و حقوق ارتفاق از قبیل: حق قبا، حق مرور و حق مسیل نیز قابل توارث می باشد، زیرا حقوق مذکور تابع زمین است. به همین ترتیب، فقهاء در باره ارث خیار تعیین و خیار عیب اتفاق نظر دارند. اما، فقهاء در رابطه به توارث حقوق و منافع اختلاف نظر دارند: فقهای حنفی به این عقیده اند که حقوق و منافع مال تلقی نمی گردد. بنابراین، توارث در آنها جاری نمی شود، زیرا ارث در مال موجود یعنی اعیان جاری می شود.

همچنین، در رابطه به توارث دیون فقهای حنفی به این نظر اند که تا زمانی که دین بر ذمه مدیون ثابت است مال تلقی نمی گردد، زیرا آن وصفی است که مدیون به آن متصف شده است که قبض آن حقیقتاً متصور نیست و داین آنچه معادل دین است را از مدیون قبض می نماید. باوجوداین، دین به عقیده فقهای حنفیه قابل توارث است، زیرا مال حکمی تلقی می گردد که در سرمایه مدیون موجود می باشد.

برعکس، فقهای غیرحنفی به این نظر اند که حقوق، منافع و دیون قابل توارث است، زیرا حقوق، منافع و دیون، به نظر جمهور فقهاء مال تلقی می گردد. اما، تمام حقوقی که متعلق به نفس مؤثر است و با موت وی منتهی می شود به ارث برده نمی شود، مانند: فکر و آنچه متعلق به آن است. همچنین، آنچه که متعلق به شخص مؤثر است، مانند: ولایت عامه، ولایت بر نفس، ولایت بر مال، مناصب و وظائف مؤثر، مانند: وکالت و غیره قابل توارث نیست.^{۶۷۵}

گفتار دوم) تقسیم حق به اعتبار دایره وسعت

برخی حقوقدانان حق را به اعتبار دایره وسعت آن بر دو قسم تقسیم نموده اند:

۱) **حق مطلق:** حق مطلق عبارت از حقی است که ایجاد تکلیف برای همگان می نماید. بنابراین، در صورتی که حق مطلق باشد همگان مکلف اند به آن احترام بگذارند. همه انواع حقوق عینی مانند حق ملکیت مطلق، حق ملکیت ناقص، حق ارتفاق، حق حبس و نظیر اینها از این قبیل هستند. زیرا، حق مالکیت حقی است که تمامی افراد مکلف اند آن را احترام نموده و به آن تجاوز نکنند.

۲) **حق نسبی:** حق نسبی عبارت از حقی است که در مقابل یک یا چند نفر است؛ یعنی: فقط ایجاد تکلیف برای اشخاص معدودی می نماید که آنها باید آن را احترام نموده و تکالیف خود را در برابر آن انجام دهند. تمام اقسام حقوق دینی از این قبیل است، مثلاً: هرگاه کسی ده هزار افغانی قرضدار دیگری باشد،

۶۷۵. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴) صص ۲۸۴۸ و ۲۸۴۹؛ و _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۳۷ و ۳۸.

حق داین صرف در برابر قرضدار (مدیون) است و داین می تواند از مدیون پرداخت دین را مطالبه نماید و هیچ گونه تکلیفی برای افراد دیگر ایجاد نمی کند.^{۶۷۶}

گفتار سوم) تقسیم حق به اعتبار زمان پیدایش

حق به اعتبار زمان پیدایش به دو نوع تقسیم می شود: حق منجز و حق معلق:

۱) **حق منجز:** منجز اسم مفعول از ریشه «نجز» گرفته شده و به معنای قطعی، مسلم و وفاشده است.^{۶۷۷} حق منجز آن است که پس از پیدایش سبب، بلافاصله به وجود می آید و بستگی به وجود یا عدم وجود امر دیگری ندارد، به عنوان مثال: هرگاه کسی خانه خود را پنج میلیون افغانی به دیگری به فروش رساند، پس از ایجاب و قبول و تسلیم و تسلیم خانه و پول توسط بایع و مشتری، حق مشتری نسبت به خانه و حق بایع نسبت به پول حق منجز است.

۲) **حق معلق:** معلق از ریشه «علق» گرفته شده و به معنای آویخته، آویزان و وابسته است.^{۶۷۸} حق معلق آن است که پس از پیدایش سبب، موجود نگردد و بستگی به وجود یا عدم وجود امر دیگری داشته باشد. به حیث مثال: هرگاه شخصی مال خود را به دیگری وصیت نماید، و موصی له نیز وصیت را در زمان حیات موصی قبول نماید، موصی له مالک آن نمی گردد، مگر پس از فوت موصی. در این مثال، حق موصی له نسبت به تملک باغ موصی به معلق بر فوت موصی است.

به عبارت دیگر: حق منجز حقی است که وجود آن منوط به امر دیگری نباشد و حق معلق حقی است که به وجود آمدن آن وابسته به تحقق امری در خارج باشد. به عنوان مثال، اگر کسی مالی به دیگری بدون قید و شرط ببخشد، حقی که موهوب له بر موهوبه دارد، حق منجز است. ولی، هرگاه پدری مثلاً قلم خود رنگ خود را به فرزندش، به این شرط که او در امتحان اول نمره شود، بخشد، حقی که فرزند پیش از امتحان و اول نمره شدن بر قلم دارد، حق معلق است. بنابراین، در صورت امتحان دادن و اول نمره شدن، مالک قلم خود رنگ خواهد شد و در صورت عدم اول نمره شدن، مالک چیزی نخواهد شد.^{۶۷۹}

گفتار چهارم) تقسیم حق به اعتبار مدت

حق به اعتبار مدت به دو نوع تقسیم می شود: حق مؤقت و حق دائم:

۱) **حق مؤقت:** حق مؤقت عبارت از حقی است که دارای مدت باشد، مانند: حق مستأجر نسبت به منافع عین مستأجره که تا زمان انقضای مدت اجاره است و یا حق منتفع نسبت به حق انتفاع. به حیث مثال، هرگاه احمد خانه ای خود را به محمود برای مدت یک سال به اجاره بدهد، حق محمود نسبت به خانه حق

۶۷۶. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، صص ۵ و ۶.
 ۶۷۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۸۴.

۶۷۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۰۷.

۶۷۹. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۷۴؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۶.

مؤقت است. همچنین، هرگاه احمد موتر خویش را به محمود برای مدت یک هفته به عاریت بدهد، حق محمود نسبت به موتر حق مؤقت است.

۲) حق دایم: حق دایم آن است که مدت نداشته باشد، مانند: حق مالکیت که حق دایم است و در صورت فروش یا فوت مالک منتهی نمی‌گردد و به مشتری و ورثه منتقل می‌شود. بنابراین، حق دایم حقی است که وجود آن محدود به زمان خاصی نیست، مانند: حق مالکیت که همیشگی است و حتی پس از فوت مالک به ورثه می‌رسد و ورثه به قائم مقامی وارث خود از آن استفاده می‌کند. ولی، حق مؤقت، حقی است که وجود آن پس از مدتی منتهی می‌شود، مانند: حق انتفاعی که محدود به زمان معین است مانند حق انتفاعی که کرایه نشین در خانه کرائی دارد.^{۶۸۰}

گفتار پنجم) تقسیم حق به اعتبار زمان اجراء

حق به اعتبار زمان اجراء به دو قسم است: حق حال و حق مؤجل:

۱) حق حال: حق حال آن است که پس از پیدایش بتوان بلافاصله آن را اعمال کرد. به عنوان مثال، کسی که خانه خویش را به ده ملیون افغانی به دیگری به فروش رساند، بایع پس از انعقاد عقد بیع بلافاصله می‌تواند ده ملیون افغانی را از مشتری بخواهد و قبض نماید. حق بایع نسبت ثمن حق حال است و در نتیجه می‌تواند پرداخت آن را توسط مشتری مطالبه نماید.

۲) حق مؤجل: حق مؤجل آن است که پس از مدتی معین می‌توان آن را اعمال نمود. به عنوان مثال، هرگاه شخصی خانه خود را به دیگری به فرض به صورت مؤجل به فروش رساند و موعد پرداخت قرض را نیز مثلاً یک سال بعد معین نماید، بایع نمی‌تواند ثمن فروش خانه را از مشتری مطالبه نماید، مگر اینکه یک سال سپری شود. حق بایع نسبت به ثمن فروش خانه حق مؤجل است. فرق حق معلق و مؤجل در این است که حق مؤجل حقی است که به وجود آمده و فقط قابل مطالبه و اجراء نیست، در حالی که حق معلق حقی است که هنوز کامل نشده و پیش از تحقق شرط وضع آن روشن نیست.^{۶۸۱}

گفتار ششم) تقسیم حق به اعتبار ثبات و عدم ثبات

حق به اعتبار ثبات و عدم ثبات به حق ثابت و حق متزلزل تقسیم می‌شود:

۱) حق ثابت: حق ثابت حقی است که هیچ کس بدون رضای صاحبش نمی‌تواند آن را از بین ببرد. به عنوان مثال، حقی که مالک بر اموال خود دارد، با اراده هیچ کس زایل نمی‌شود.

۶۸۰. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۷۵؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۷.

۶۸۱. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۷۴؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، صص ۷ و ۸.

۲) حق متزلزل: حق متزلزل حقی است که می توان آن را در مدت معینی زایل کرد. به طور کلی، هر حقی که در آن برای یکی از طرفین خیار (حق تأیید و فسخ عقد) وجود داشته باشد، حق متزلزل است. عنوان مثال:

۱- تا زمانی که خریدار و فروشنده از مجلس عقد خارج نشده اند، اختیار فسخ عقد را دارند که این اختیار را «خیار مجلس»^{۶۸۲} یاد می کنند.

۲- اگر احمد موتر محمود را خریداری نماید و شرط نماید که اگر عیبی در موتر وجود داشته باشد، احمد حق فسخ معامله را دارد، حق احمد نسبت به موتر متزلزل است.

۳- اگر احمد خانه موتر را خریداری نماید و آن را ندیده باشد، دارای خیار رویت است. در صورت پسندیدن خانه می تواند عقد را نافذ و در صورت عدم پسند، می تواند عقد را فسخ نمایند. در این این مثال، حق احمد نسبت به خانه متزلزل است.^{۶۸۳}

گفتار هفتم) حق معنوی

علاوه بر حق مالی و غیرمالی که شرح آن در مبحث قبلی گذشت، در حقوق کنونی ارزشهای شناخته شده است که قابل مبادله به پول است. ولی، نه بر شخص دیگری است و نه بر عینی؛ موضوع این حق تراوش ها و ابتکارات ذهنی است. به همین جهت نیز چنین حق در دایره تقسیم حقوق عینی و دینی نمی گنجد و خود گروهی خاص از اموال را تشکیل می دهد که وصف مشترک آنها تکیه بر حاصل ابتکار و اندیشه انسان است و به همین اعتبار نیز حقوق معنوی نامیده می شود مانند: حق تألیف، حق اختراع، مالکیت صنعتی و تجارتي و حق بر علائم تجارتي و صنعتی.

در تعریف حقوق معنوی می گویند که حق معنوی حقی است که به صاحب آن اختیار انتفاع انحصاری از فعالیت فکر و ابتکار انسان را می دهد. به طور مثال، حقی را که تاجر و صنعتگر نسبت به نام تجارتي و علامت کالا های خود دارد؛ یا حقی را که نویسنده اثر ادبی؛ یا مخترع نسبت به اثر و اختراع خود پیدا می کند، حق معنوی است.

حق معنوی در واقع ماهیت مختلطی از حقوق مالی و حقوق غیرمالی دارد. به طور مثال، مؤلف حق انتشار اثر خود را به دیگران واگذار می نماید که واگذاری فوق نوع حقوق مالی تلقی می شود. ولی، حق او در باره دفاع از اثر و تجدید نظر در آن باقی است و مانند سایر حقوق غیرمالی به دیگران انتقال نمی یابد که حق دفاع و تجدید نظر در اثر حقوق معنوی تلقی می گردد.^{۶۸۴}

۶۸۲ . در باره خیار مجلس ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷) شرح قانون مدنی: حقوق وجایب، چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید، ص ۲۰۵.

۶۸۳ . جهت مطالعه بیشتر در خصوص خیارات ر. ک: همان، نظام الدین عبدالله.

۶۸۴ . ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۲۷۱ و ۲۷۲؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). اموال و مالکیت، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان، صص ۲۳-۲۴.

گفتار هشتم) حق مجرد و حق غیرمجرد

تصنیف دیگر حق در فقه، تصنیف حق به حق مجرد و حق غیرمجرد است:

۱) حق مجرد: حق مجرد که از آن به حق محض نیز تعبیر می شود، عبارت از حقی است که اگر دارنده حق از آن روی صلح و ابراء در گذرد، هیچ اثری از آن باقی نمی ماند، بلکه محل حق نزد مکلف یا مدیون باقی می ماند، مانند: حق دین در ذمه مدیون بعد از ابراء و تنازل.

۲) حق غیرمجرد: حق غیرمجرد، حقی است که اثر آن به تنازل صاحب آن حق باقی می ماند، مانند: حق قصاص که قاتل بعد از عفو معصوم الدم می گردد. فرقی که بین حق مجرد و غیرمجرد وجود دارد این است که در حق غیرمجرد معاوضه جواز دارد، ولی در حق مجرد عوض گرفتن به نظر احناف جواز ندارد. ولی، فقهای سایر مذاهب جواز گرفتن را جایز می شمردند.^{۶۸۵}

۶۸۵. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۲۸۵۲ و ۲۸۵۳؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۳۶.

فصل سوم: تقسیمات حق در حقوق عامه و بین الملل

امروزه مهم ترین تقسیم حق در حوزه حقوق عامه نوین، حق های اساسی است. این حق ها متأثر از حقوق بشر، برخی اصول کلی حقوق و فقه است، زیرا با تدوین قوانین اساسی در بسیاری از کشورها، نویسندگان ق. ا حق های بشری، اصول کلی حقوق، برخی احکام فقه اسلامی را به عنوان حق های اساسی اتباع به رسمیت شناخته اند. بنابراین، اکثر قواعد مربوط به حقوق بشری در ق. ا پیش بینی شده است. در این فصل، به صورت مختصر تقسیمات حق در حوزه حقوق بین الملل و حق های بشری (مبحث اول) و تقسیمات حق در حوزه حقوق عامه (مبحث دوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث سوم) تقسیمات حق در حوزه حقوق بین الملل

با توجه به این که صاحبان و محل حق در حوزه حقوق بین الملل اشخاص است و شخص به شخص حقیقی و اشخاص حکمی تقسیم می شود و اشخاص حکمی به طور عموم به سه دسته تقسیم می شوند: اشخاص حکمی حقوق خصوصی، اشخاص حکمی حقوق عامه و اشخاص حکمی حقوق بین الملل مانند سازمان های بین المللی و دولت ها در حقوق بین المللی که منبع آن اراده دولت ها است و در قالب معاهدات، عرف بین المللی و تصامیم محاکم و سازمان های بین المللی تبلور می یابد، حق ها به دو دسته تقسیم می شود: حق دولت ها و سازمان های بین المللی و حق اشخاص حقیقی. حق اشخاص حقیقی در حقوق ملی به نام حق فرد یاد می شود. اما، در سطح بین الملل حق شخص حقیقی حق های بشر نامیده می شود:

گفتار اول) حق دولت ها

در سطح بین المللی اولین دسته حق مربوط به دولت ها و سازمان های بین المللی که شخصیت های حکمی بین الملل اند، می شود، مانند: حق دفاع مشروع، حق انعقاد قرارداد، حق برابری، حق ملت ها در تعیین سرنوشت، حق دریافت جبران خسارت، حق وفای به عهد و امثال اینها.

گفتار دوم) حق های بشر

دسته دوم حق هایی است که مربوط اشخاص حقیقی می شود. حق هایی که در حقوق بین الملل مربوط اشخاص می شود، به نام حقوق بشر مرسوم است. اصطلاح حقوق بشر (Human rights) اصطلاح نسبتاً جدیدی است که پس از جنگ جهانی دوم و تأسیس سازمان ملل متحد در سال ۱۹۴۵ وارد گفتگوهای سیاسی و حقوقی شده است. اصطلاح حقوق بشر برای نخستین بار در اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه ۱۷۸۹ به کار رفت و سپس همین عنوان در اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاقهای بین المللی مورد استفاده قرار گرفت. در مورد حقوق بشر تعاریف متعدد و گوناگون ارائه شده است.

در یک تعریف حقوق بشر به معنای امتیازات کلی که هر فرد انسانی طبعاً دارای آن است آمده است که از دید این تعریف منشأ حقوق انسان از اندیشه (حق طبیعی) نشأت می‌گیرد یعنی طبیعت است که این حقوق را به انسان می‌بخشد. مثلاً وقتی می‌گوییم انسان حق حیات و مسکن را دارد، این طبیعت انسان است که چنین حقی را به او می‌دهد و اگر نتواند از حق حیات برخوردار باشد یا نتواند از خودش دفاع کند نسل بشر منقرض می‌شود و بدین ترتیب وجود انسان لغو و بی‌ثمر می‌شود.

بنابراین، این طبیعت است که این حق را به انسان عطا می‌کند، اما در تعریف دیگر که رویکرد اسلامی دارد چنین آمده است: «حقوق بشر حد اقل حقوقی است که خداوند ﷻ به انسان که از آن جهت که انسان است و فارغ از رنگ، نژاد، زبان، ملیت، جغرافیا، اوضاع و احوال متغیر اجتماعی یا میزان قابلیت و صلاحیت ممتاز فردی او اعطا کرده است. بنا بر دید این تعریف، حق نه از جانب طبیعت و نه دیگران بلکه از جانب خدا ﷻ به انسان عنایت گردیده است.

قاطعانه ترین دلیل که برای این نظریه اقامه گردیده این است آن کس که قدرت آفریدن بشر را دارد به طور یقین برنامه زندگی و قوانین نظم دهنده فردی و اجتماعی حیات جامعه بشری را بهتر و کاملتر از هر کس دیگری می‌تواند تدوین نماید و به انسان هدیه کند زیرا که آفریدگار هستی بیشتر و بهتر از هر کس دیگر انسان را می‌شناسد و به راز و رمزهای درونی او آگاه است و بر تواناییها و نیروهای ساختار وجود انسان کاملاً احاطه دارد و می‌داند چه عواملی او را وادار به انجام جرم جنایت می‌نماید و چه نیروهای دیگری اراده انسان را تقویت و موجب پرورش اخلاق نیک در وجودش می‌گردد. بنابر این نظریه، منشأ و خاستگاه حقوق بشر خداوند ﷻ است که به انسان احترام می‌گذارد و به او برتری و کرامت می‌بخشد. از این نظر، کرامت و شرف انسانی برای ادامه حیات انسان ضرور و لازم است.^{۶۸۶}

این تعاریف محل ایراد به نظر می‌رسند، زیرا تعریف اول ناظر بر حقوق طبیعی و تعریف دوم ناظر بر حقوق الهی است. علاوه براین، به نظر می‌رسد که حق‌های بشری تکوینی نیست بلکه تشریحی است زیرا این حق‌ها توسط دولت‌ها از طریق سازمان ملل متحد از طریق اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق‌های حقوق بشری قطع نظر از تابعیت، نژاد، رنگ، مذهب و... آنها اعطا شده است.

برخی دیگر در تعریف حقوق بشر می‌گویند: حقوق بشر به طور کلی، آزادی‌ها، مصوونیت‌ها و منافعی است که از طریق ارزش‌های پذیرفته شده معاصر، تمام انسان‌ها باید قادر به ادعای آن به عنوان یک حق، در جامعه که زندگی می‌نمایند، باشند.^{۶۸۷} ارزش‌های معاصر در این تعریف مبهم است. برخی دیگر می‌گویند یا حقوق بشر مجموعه امتیازهای متعلق به افراد یک جامعه و مقرر در قواعد موضوعه

۶۸۶. بازتاب حقوق بشر در قانون اساسی افغانستان، ۵ اسد ۱۳۹۹ ش

<http://www.taha14.com/index.php/umumi/34-paiannama/119-qanon?showall=1>

۶۸۷. امیر حسین رنجبریان (۱۳۷۳). تأملی بر حقوق بشر، مجله راهبرد، شماره ۴، ص ۱۳۸.

است که افراد به اعتبار انسان بودن و در روابط خود با دیگر افراد جامعه یا قدرت حاکم، با تضمینات و حمایت های لازم از آن برخوردار است.^{۶۸۸} عبارت قواعد موضوعه در این تعریف روشن نیست زیرا روشن نیست که این قواعد موضوعه قواعد حقوق داخلی است یا خارجی.

به نظر می رسد حق های بشر حق های است که در اسناد بین المللی حقوق بشر مانند اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق های مربوط به حقوق بشر پیش بینی شده است و همه اشخاص در سراسر دنیا قطع نظر از رنگ، نژاد، دین، زبان، جنسیت و نظیر اینها می توانند از آن بهره مند شوند.

مصادیق حق های بشری که در اعلامیه جهانی حقوق بشر سی ماده ای ۱۰ دسامبر، ۱۹۴۸ پیش بینی شده اند، عبارت اند از: (۱) حق آزادی و احترام به کرامت انسانی (ماده ۱؛ ۲) حق زندگی و مصونیت شخصی (ماده ۳؛ ۳) حق منع شکنجه شدن توسط دولت (ماده ۵؛ ۴) حق به رسمیت شناخته شدن شخصیت حقوقی شخص توسط قانون (ماده ۶؛ ۵) حق برخورد مساوی توسط قانون (ماده ۷؛ ۶) حق مراجعه به محکمه ذیصلاح در صورت نقض حق های اساسی شخص (ماده ۸؛ ۷) حق منع توقیف خودسرانه (ماده ۹؛ ۸) حق برخورداری از محاکمه عادلانه توسط محکمه بی طرف (ماده ۱۰؛ ۹) حق برائت الذمه (ماده ۱۱؛ ۱۰) حق حفظ امور شخصی (ماده ۱۲؛ ۱۱) حق عبور و مرور و تغییر اقامتگاه (ماده ۱۳؛ ۱۲) حق دریافت پناهندگی (ماده ۱۴؛ ۱۳) حق داشتن تابعیت (ماده ۱۵؛ ۱۴) حق ازدواج (ماده ۱۶؛ ۱۵) حق طلاق (ماده ۱۶؛ ۱۶) حق مالکیت فردی و جمعی (ماده ۱۷؛ ۱۷) حق آزادی فکر و دین (ماده ۱۸؛ ۱۸) حق آزادی اندیشه (ماده ۱۹؛ ۱۹) حق اشتراک در فعالیت های سیاسی (ماده ۲۰؛ ۲۰) حق اشتراک در اداره امور عمومی کشور (ماده ۲۱؛ ۲۱) حق مصونیت اجتماعی (ماده ۲۲؛ ۲۲) حق کار و تشکیل اتحادیه کارگری (ماده ۲۳؛ ۲۳) حق استراحت و تفریح (ماده ۲۴؛ ۲۴) حق داشتن تأمین اجتماعی (ماده ۲۵؛ ۲۵) حق آموزش و پرورش (تعلیم و تربیه) (ماده ۲۶؛ ۲۶) و حق سهم گیری در فعالیت های علمی و فرهنگی (ماده ۲۷).

بحث پذیرش حقوق بشر توسط دولت ها، تعارض حقوق بشر غربی با حقوق بشر اسلامی و ضمانت اجراهای حقوق بشر در مبحث کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان خواهد آمد.

مبحث دوم) تقسیمات حق در ساحت حقوق عامه

به نظر می رسد برخلاف تقسیمات حق ها در حقوق خصوصی، در حقوق عمومی حق ها به صورت علمی و منطقی دسته بندی نشده است، زیرا نخست این که حقوق عمومی نسبت به حقوق خصوصی از قدامت کمتری برخوردار است و دوم این که حق ها در حقوق عمومی بیشتر متأثر از حقوق بشر به خصوص سه نسل حقوق مدنی و سیاسی، حقوق اقتصادی و حقوق اجتماعی فرهنگی بوده است. در هر حال،

تعریف حقوق عمومی در مفهوم مجموعه قواعد در بخش حقوق این کتاب گذشت. در این مبحث تعریف حقوق عمومی در مفهوم جمع حق ها؛ یعنی: حق های عمومی را مورد مطالعه قرار می دهیم.

گفتار اول) تعریف حق های عمومی

برخی حقوقدانان در تعریف حق های عمومی می گویند: حق های عمومی مربوط به شخصیت انسان و ناظر بر روابط دولت و مردم است، مانند: حق حیات، آزادی وجدان و بیان.^{۶۸۹} بخش اول این تعریف که می گوید حق های عمومی مربوط به شخصیت انسان است مبهم است. در مفهوم جمع حق ها، به نظر می رسد حق های عمومی عبارت از حق هایی است که اتباع نسبت به دولت و دولت نسبت به اتباع دارند مانند حق آزادی، برابری که حق اتباع تلقی می شود و حق پرداخت مالیه، رعایت قوانین و نظیر اینها که حق دولت تلقی می شود. با توجه به این تعریف به نظر می رسد حق های عمومی به دو دسته تقسیم می شود:

الف) حق های دولت

حق های دولت عبارت از حق های است که دولت در حقوق عامه بر اتباع دارد مانند: مانند پرداخت مالیات، دفاع از وطن، رعایت قوانین و مقررات و نظیر اینها که حق دولت تکلیف تبعه است. در حقوق عامه، هر حق دولت تکلیف تبعه محسوب می شود. بنابراین، حق دفاع از وطن، پرداخت مالیه و رعایت قوانین، تکلیف و تعهد پرداخت مالیه، دفاع از وطن و رعایت قوانین را توسط اتباع ایجاد می نماید. حق دولت در حقوق عمومی شبیه و مانند حق الله در فقه است.

ب) حق های اتباع

به نظر می رسد حق های اتباع عبارت از حق هایی است که اتباع نسبت به دولت دارند مانند حق انتخاب کردن و انتخاب شدن، حق برابری، حق عدم تبعیض و نظیر اینها. در حقوق عمومی، حق های اتباع برای دولت تکلیف ایجاد می نماید. به حیث مثال، حق کار تبعه تکلیف فراهم نمودن زمینه های کار را برای دولت فراهم می نماید.

همچنین، حق حیات برابری اتباع تکلیف رعایت این توسط دولت را فراهم می نماید. حق اتباع در حقوق عمومی مانند حق العبد در فقه به نظر می رسد. به نظر می رسد تفاوت حق های عمومی اتباع با حق های خصوصی این است که حق های خصوصی مربوط به روابط افراد میان همدیگر است مانند حق شخصی و حق عینی، اما حق های عمومی مربوط به روابط اتباع با دولت است. بنابراین، حق های خصوصی اتباع باید بیشتر توسط اتباع رعایت شود و حق های عمومی اتباع عمدتاً توسط دولت. به طور عموم، حق های عمومی امروزه به حق های سیاسی، حق های مدنی و حق های اساسی تقسیم می شود:

۱) حق های سیاسی

حق سیاسی اختیاری است که شخص برای شرکت در قوای عمومی و ادارات دولت دارد، مانند: حق انتخاب کردن و انتخاب شدن در مجالس قانون گذاری و ریاست جمهوری.^{۶۹۰} به عبارت دیگر: حق های سیاسی، حق های است که قانون برای یک شخص از آن رو که در سرزمین یک کشور معین پرورش می یابد، تعیین می کند تا بتواند در کار های حکومت و برپایی نظام با اجتماع به همکاری بپردازد.^{۶۹۱} به نظر می رسد برخی مثال های حق های سیاسی عبارت اند از: حق رأی، حق نامزد شدن به سمت های انتخابی، حق آزادی بیان، حق تشکیل حزب سیاسی و نظیر اینها.

۲) حق های مدنی

امروزه اصطلاح حقوق مدنی^{۶۹۲} در دو مفهوم به کار می رود: در مفهوم جمع حق و در مفهوم مجموعه قواعد. در مفهوم جمع حق، حقوق مدنی^{۶۹۳} که به نام حقوق شهروندی نیز یاد می شود از میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ منشأ می گیرد. با توجه به مفهوم مدنی، راجع به حق های مدنی تعاریف مختلف وجود دارد. برخی بر این نظر اند که حق های مدنی عبارت از حق های شهروندان نسبت به آزادی ها و برابری های سیاسی و اجتماعی است.^{۶۹۴} برخی دیگر بر این نظر اند که حق های مدنی حق هایی شخصی است که یک شخص به دلیل تبعه بودن از آن بهره مند می شود.^{۶۹۵} این تعاریف مبهم به نظر می رسند.

اگر کلمه شهروند را در مفهوم محدود آن که بر اشخاصی اطلاق می گردد که در شهر زندگی می نمایند پذیریم، این نتیجه به دست می آید که حق های مدنی حق های شهروندان است. در این صورت، اشخاصی که در دهات زندگی می نمایند مستحق این حق شناخته نمی شوند. اما، اگر کلمه شهروند را مترادف با اتباع بدانیم این نتیجه به دست می آید که حق های مدنی حق های اتباع است.

۲) حق های اساسی

به عنوان اشخاص ما دسته های مختلف از حق ها داریم. عالی ترین و مهم ترین این حق ها، حق های اساسی است.^{۶۹۶} امروزه بسیاری از حق های که در گذشته حق سیاسی، حق عمومی، و حق شهروندی شناخته می شدند، در قوانین اساسی پیش بینی شده اند که به نام حق های اساسی^{۶۹۷} یاد می شوند، زیرا به

۶۹۰. همان، ناصر کاتوزیان، ص ۲۵۵.

۶۹۱. محمد حسین ساکت (۱۳۸۶). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ سوم، نشر انتشارات جنگل، جاودانه، ص ۵۸.

692 Civil law.

693 Civil rights.

694. <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/civil-rights> (last visit: 21, April, 2015).

695. <http://www.businessdictionary.com/definition/civil-rights.html> (last visit: 21, April, 2015).

696. William P. Statsky (____). Family Law, 6th edi, New York: Delmar Gengage leaning, p 158.

697. Constiutional rights.

نظر می‌رسد حق‌های اساسی، عمومی، شهروندی و نظیر اینها از طریق میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی وارد حوزه حقوق عمومی گردیده است. امروزه، بسیاری از حق‌های پیش‌بینی شده در دو میثاق مذکور در قوانین اساسی بسیاری از کشورها از جمله افغانستان تسجیل شده است. لذا، به نظر می‌رسد امروزه با گسترش و توسعه دستورگرایی^{۶۹۸} از یکطرف تقسیم حق‌ها به حق‌های عمومی، سیاسی، مدنی جذابیت سابق خویش را از دست داده است و از طرف دیگر تعاریفی را که حقوقدانان در مورد تعریف حق‌های مدنی، سیاسی و عمومی و مصادیق این حق‌ها را ارایه نموده‌اند، به دلیل عدم انسجام و دقت نظر مورد پذیرش قرار نگرفته است. حق‌های اساسی در برابر حق‌های غیراساسی استعمال می‌شود. حق‌های غیراساسی عبارت از حقی است که اساسی نیست^{۶۹۹} مانند حق حضانت و نظیر آن. راجع به حق‌های اساسی تعاریف مختلف وجود دارد:

(۱) حق‌های اساسی حقی‌هایی‌اند که توسط قانونگذار اساسی برای اتباع اعطا و تضمین شده‌اند.^{۷۰۰}
(۲) حق اساسی حق و یا آزادی‌ای است که حمایت آن از مداخله دولت در قانون اساسی تضمین شده است.^{۷۰۱}

(۳) حق‌های اساسی، حق‌های است که در قانون اساسی تضمین شده است.^{۷۰۲} چنانچه ملاحظه می‌شود، در این تعاریف نگاه به واضع حق‌های اساسی است نه به کنه و ماهیت حق‌های اساسی. به نظر می‌رسد دلیل این امر این است که از یکطرف مصادیق حق‌های اساسی در قوانین اساسی اکثر کشورها، تأثیر پذیر از حقوق بشر بوده است. بنابراین، حق‌های اساسی از یک مملکت تا مملکت دیگر بر حسب قوانین اساسی ممالک امکان دارد متفاوت باشد و از طرف دیگر حق‌های اساسی متعدد و متنوع‌اند که دسته بندی آن‌ها در یک دسته مشکل به نظر می‌رسد. حق‌های اساسی ناشی از قانون اساسی است و قانون اساسی، قانون برتر نسبت به قوانین عادی است. بنابراین، به نظر می‌رسد حق‌های اساسی از حیث اهمیت در رأس هرم حق‌ها قرار دارد.

تدوین و تصویب قانون اساسی نقطه عطف در تاریخ یک ملت و کشور به حساب می‌آید، زیرا در وجود قانون اساسی این کافی نیست که تنها به بررسی رژیم‌های اساسی و نهاد‌های حاکم در دولت بپردازد بلکه حقوق و آزادی‌های شهروندان را نیز باید شامل باشد. اهمیت حقوق بشر در قانون اساسی به میزانی است که در ماده ۱۶ اعلامیه حقوق بشر فرانسه آمده است: «هر جامعه‌ای که در آن تضمین حقوق افراد تأمین نشده باشد و اصل تفکیک قوا حاکم نشده باشد، قانون اساسی وجود ندارد.» اصل وجود قانون

698. Constitutionalism.

699 . William P. Stasky (____). Family Law, 6th edi, New York: Delmar Gengage leaning, p 168.

700 . <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/constitutional-rights> (Last visit: 20, April, 2015).

701 . <http://www.yourdictionary.com/constitutional-right> (Last visit: 20, April, 2015)

702 . William P. Stasky (____). Family Law, 6th edi, New York: Delmar Gengage leaning, p 158.

اساسی در این اعلامیه منوط و مشروط به تضمین حقوق فردی و آزادی‌های عمومی شده است. پس از اعلام اعلامیه حقوق بشر توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد محتویات و مندرجات اعلامیه جهانی حقوق بشر، وارد قوانین اساسی کشورهای مختلف از جمله افغانستان گردید و جنبه جهانی و بین‌المللی به خود گرفت.^{۷۰۳}

حقوق و آزادی‌های عمومی که به نام‌های حقوق اساسی اتباع (فصل دوم ق. ا)، حقوق و یا آزادی‌های فردی، حقوق اساسی فرد، حقوق عمومی شهروندان، حقوق بشر و شهروند و یا آزادی‌های عمومی نیز نامیده می‌شود، یکی از شعب مهم حقوق عمومی است و موضوع آن بررسی حقوق و آزادی‌هایی است که از طرف دولت برای اتباع به رسمیت شناخته شده است.^{۷۰۴}

این حقوق را نباید با حقوق بشر یکی دانست. درست است که پیش‌بینی این حقوق توسط قوه مؤسس برای اتباع در قانون اساسی متأثر از اعلامیه‌ها، میثاق‌ها و معاهدات حقوق بشری است، اما میان حقوق اساسی اتباع و آزادی‌های عمومی و حقوق بشر تفاوت وجود دارد. حقوق اساسی اتباع مجموع حقوق و آزادی‌هایی است که قوه مؤسس برای اتباع در قانون اساسی پیش‌بینی نموده است و دولت اجرای این حقوق را طبق قوانین داخلی از جمله قانون اساسی برای اتباع خود تأمین و تضمین می‌کند و محتوای آن نیز ممکن است از یک کشور تا کشور دیگر متفاوت باشد، در حالی که حقوق بشر، حقوق و آزادی‌هایی است که در سطح بین‌الملل و جهانی مطرح است و به مثابه معیارهای جهانی حقوق بشر محسوب می‌شود. از همین رو، نیل به این حقوق را سازمان ملل متحد آرمان خود قرار داده و کوشش می‌کند دولت‌ها حقوق مزبور را به رسمیت بشناسند و اجرای آن را تضمین نمایند.^{۷۰۵} و ^{۷۰۶}

صاحب حق‌های اساسی شهروندان اند. به نظر می‌رسد این حق‌ها را شهروندان در برابر دولت دارند. بنابراین، این حق‌ها تکلیف رعایت و احترام توسط دولت را فراهم می‌نماید. به عنوان مثال، اتباع حق برابری در برابر قانون را دارند و همه ادارات دولتی مکلف به رعایت این حق اند. اتباع حق بری الذمه شناخته شدن را دارند، نهاد‌های کشفی، تحقیقی و عدلی مکلف اند تبعه را بری الذمه بشناسند مگر این که

۷۰۳. بازتاب حقوق بشر در قانون اساسی افغانستان، ۵ اسد ۱۳۹۹ ش

<http://www.taha14.com/index.php/umumi/34-paiannama/119-qanon?showall=1>

۷۰۴. منوچهر طباطبائی (۱۳۸۳). آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ص ۱۷.

۷۰۵. همان، منوچهر طباطبائی، ص ۲۳.

۷۰۶. در مورد حقوق بشر نک: سید محمد هاشمی (۱۳۸۴). حقوق بشر و آزادی‌های عمومی، چاپ اول، تهران: نشر میزان؛ منوچهر طباطبائی (۱۳۸۳). آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران؛ ماندانا کنوست راسخ افشار، (۱۳۸۶). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، جلد دوم: رویه مبتنی بر قانون اساسی و حقوق بشر، مترجم: حسین غلامی، چاپ اول، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین‌الملل ماکس پلانک.

جرم تبعه در محکمه ذیصلاح مطابق قوانین ثابت شود. اتباع حق دریافت جبران خسارت را دارند و اداره که به تبعه ضرر زده است باید جبران خسارت را بپردازد.

اکثر حق های اساسی مندرج در فصل دوم ق. ۱ اصول کلی شناخته شده و پذیرفته شده حقوق عامه و حقوق جزا اند که مدون و اساسی شده اند، مانند: اصل برابری اتباع در برابر قانون (ماده ۲۲ ق. ۱)، اصل برائت یا فرض بی گناهی (ماده ۲۵ ق. ۱)، اصل شخصی بودن مسؤلیت جزایی (ماده ۲۶ ق. ۱)، اصل قانونیت جرایم و مجازات ها (ماده ۲۷ ق. ۱)، اصل منع تعذیب (ماده ۲۹)، اصل داشتن وکیل مدافع و تفهیم اتهام منسوبه (ماده ۳۱ ق. ۱)، اصل دریافت جبران خسارت (ماده ۵۱ ق. ۱)، اصل بی خبری از قانون عذر پنداشته نمی شود (ماده ۵۶ ق. ۱). لذا، اکثر حق های اساسی که در فصل حقوق و وجایب اساسی اتباع پیش بینی شده اند در عین حال اصول کلی حقوق نیز اند.

بنابراین، این حق ها هم در چهارچوب و قالب قواعد حقوقی و هم در قالب اصول کلی حقوق که هر دو منابع مستقل مهم حقوق اند برای اتباع افغانستان به رسمیت شناخته شده اند. فصل دوم ق. ۱ مواد ۲۲ الی ۵۹ در برگیرنده احکام معین در باره حقوق و وجایب اساسی شهروندان است. در این فصل، نویسندگان ق. ۱ میان حق و وجیبه تفکیک قابل نشده اند و همه احکام را در ذیل مواد ۲۲ تا ۵۹ چیده اند که محل ایراد به نظر می رسد. بسیاری از حقوقدانان حق های اساسی اتباع را با تأثیر پذیری از تقسیم حقوق بشری و تأثیر پذیری از تقسیم حق های اساسی در نظام حقوقی ایالات متحده امریکا تقسیم بندی کرده اند.

بنابراین، برخی حقوق های اساسی اتباع را در ذیل نسل اول، دوم و سوم حقوق بشر مورد مطالعه قرار داده و برخی دیگر حق های اساسی اتباع را در ذیل حق های مدنی، سیاسی، اجتماعی - فرهنگی و اقتصادی مورد بحث قرار داده است. این روش محل ایراد به نظر می رسد زیرا، این تقسیم بندها مربوط به حقوق بشر است، زیرا در میثاق بین المللی حقوق مدنی، سیاسی و میثاق بین المللی حقوق حقوق اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی حقوق بشر در ذیل این حقوق تقسیم بندی شده است.

فصل چهارم: نقل و زوال حق

حق پدیده مطلق نیست و ایجاد می شود، انتقال می نماید و از بین می رود. در این فصل، نقل و انتقال حق (مبحث اول) و زوال حق (مبحث دوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول) نقل حق

نقل حق عبارت است از انتقال حق از یک شخص به شخص دیگر. نقل حق در اثر اسباب انتقال حق صورت می گیرد. برخی اسباب انتقال حق از باب تمثیل قرار ذیل اند:

(۱) عقد: در اثر عقد بسیاری از حق ها از یک شخص به شخص دیگر منتقل می شود مانند حق ملکیت در مبیع که از بایع به مشتری به سبب عقد بیع منتقل می گردد؛ حق منفعت که در اثر عقد اجاره از اجاره دهنده به اجاره گیرنده منتقل می شود. همچنین، در اثر حواله، حق از حواله دهنده به حواله گیرنده منتقل می شود.

(۲) وفات: در اثر وفات حق مالکیت بر مال از مؤثر به ورثه منتقل می شود.

(۳) ایقاع: در اثر برخی ایقاع ها حق از یک شخص به شخص دیگر منتقل می شود مانند وصیت که در اثر آن حق از موصی به موصی له و از واقف به موقوف له منتقل می شود. در این خصوص داکتر وهبة الزحیلی می نویسد که: انتقال حق به سبب اسباب انتقال حق جواز دارد خواه حق مالی باشد، مانند حق ملکیت در مبیع که از بایع به مشتری به سبب عقد بیع منتقل می گردد؛ و حق دین که از ذمه دائن به سبب وفات به ترکه وی منتقل می شود یا حق غیرمالی باشد، مانند: حق ولایت بر صغیر که از پدر به پدر کلان به سبب فوت پدر منتقل می گردد؛ و حق حضانت که از مادر به مادرکلان در صورتی که مادر به مردی که

از زمره محارم صغیر نباشد ازدواج نماید انتقال نماید. اسباب انتقال حق فراوان است: که می توان به عنوان مثال از عقد، ایقاع، وفات، حواله و غیره نام برد.^{۷۰۷}

آنچه گفته شد، مربوط به نقل حق در ساحة حقوق خصوصی است. پرسشی که مطرح می گردد این است که آیا حق های اساسی و بشری نیز به دیگران قابل نقل است یا خیر؟ پاسخ این پرسش منفی به نظر می رسد، زیرا حق های اساسی و بشری برخلاف حق های خصوصی به تک تک انسان ها اعطا می گردد و ضرورتی وجود ندارد تا حق از یکی به دیگری منتقل شود. بنابراین، به نظر می رسد حق های اساسی و بشری قابل نقل از شخصی به شخص دیگر نیست.

مبحث دوم) زوال حق

حق پدیده ای حادث است. همانطور که ایجاد و انتقال حق اسباب و منابع دارد، زوال حق هم اسباب و منابع دارد. بنابراین، در اثر اسباب زوال حق، حق از بین می رود. حق در اثر تحقق سببی از اسباب زوال حق که در شریعت و قانون پیش بینی شده است منتهی می گردد که بر حسب نوع حق فرق می نماید. بنابراین، حق فراهم نمودن نفقه برای پسر در اثر از دست دادن قدرت کسب و کار پدر، حق ملکیت در اثر فروش ملکیت و انتقال آن از بایع به مشتری، حق انتفاع در اثر فسخ عقد اجاره و یا انتهای مدت اجاره و یا فسخ عقد اجاره در اثر بروز اعداری مانند: انهدام بناء، حق دین در اثر پرداخت، مجرائی و ابراء و غیره منتهی می گردد.^{۷۰۸}

آنچه گفته شد، در مورد زوال حق در ساحة حقوق خصوصی است، بنابراین پرسش این است که آیا در ساحة حقوق عامه و حقوق بین الملل نیز حق قابل زوال است یا خیر؟ پاسخ این پرسش مثبت به نظر می رسد، زیرا همانطور که حق در ساحة حقوق خصوصی قابل زوال است، در ساحة حقوق عامه و حقوق بین الملل نیز قابل زوال است.

در ساحة حقوق عامه، چنانچه گفته شد، اکثر حق های اساسی توسط قوه مؤسس از طریق قانون اساسی به اتباع اعطا گردیده است. بنابراین، این حق ها با الغا و تعلیق قانون اساسی قابل زوال است. در حقوق بین الملل نیز همین طور است. به حیث مثال، اگر دولت ها روزی بخواهند، می توانند با ابطال معاهدات بین المللی حق های که به اشخاص حقیقی و حکمی اعطا کرده اند، از بین ببرند.

باوجوداین، زوال حق در ساحة حقوق عامه و حقوق بین الملل به آسانی امکان پذیر به نظر نمی رسد، زیرا این حق ها را دولت ها و فرمان روایان در اثر مبارزات و انقلاب های مردم، مبارزه دانشمندان و ... به انسان اعطا نموده اند. بنابراین، در عمل سلب حق های بشری و اساسی از بشر مشکل به نظر می رسد.

۷۰۷. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۷۴.

۷۰۸. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۲۸۷۴.

بخش پنجم
نهاد های حقوقی

فصل اول: لویه جرگه

هرگاه حاکمیت از آن ملت باشد، ملت می تواند با ایجاد قوه مؤسس به تدوین قانون اساسی مبادرت ورزد. با تدوین قانون اساسی قوای تأسیسی (قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضائیه) ایجاد می شود. همچنین، قوه هایی که صلاحیت تعدیل و تفسیر قانون اساسی را دارند، ناشی از قوه مؤسس است. این قوا که مصادیق آن برحسب نظام های حقوقی امکان دارد متفاوت باشد، به نام قوه مؤسس فرعی و جانشین قوه مؤسس نامیده می شوند.^{۷۰۹}

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که لویه جرگه برآمده از مردم، قانون اساسی برآمده از لویه جرگه، قوای تأسیسی و حقوق و وجایب اساسی اتباع برآمده از قانون اساسی است. لذا، لویه جرگه نقش مهمی را در تصویب قانون اساسی و ایجاد نظام حقوقی ایفا می نماید. به نظر می رسد با توجه به اهمیت لویه جرگه نویسندگان ق. ا در فصل ششم مواد ۱۱۰ تا ۱۱۵ احکام مربوط به لویه جرگه را به صورت مستقل تنظیم نموده اند. در این فصل تعریف و ترکیب لویه جرگه (مبحث اول) و انتخاب رئیس و هیأت اداری و نصاب لویه جرگه (مبحث دوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول) تعریف و ترکیب

لویه جرگه مرکب از دو کلمه پشتو و به قول برخی نویسندگان ترکی است. لویه به معنی بزرگ است. در مورد کلمه «جرگه» برخی نویسندگان بر این نظر اند که: این کلمه در اصل، منشأ ترکی دارد و به مفهوم صف، حلقه، دسته، گروه، گرد آمدن عده ای از مردم و محاصره شکار توسط سپاهیان و شکارچیان

۷۰۹. جهت مطالعه مفصل در مورد قوه مؤسس اصلی، فرعی و قوه جانشین مؤسس ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). انواع قانون و فرایند قانونگذار در نظام حقوقی افغانستان، فصل دوم، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.

است.^{۷۱۰} اکثریت نویسندگان در افغانستان بر این نظر اند که: لویه جرگه یک پدیده خاص افغانی است و مثال آن در کشور های دیگر دیده نشده است.^{۷۱۱} درست است که لویه جرگه ها را افغان ها از نظام های دیگر نقل و انتقال نداده اند، اما این فرضیه که مثال لویه جرگه در سایر ممالک وجود ندارد، محل ایراد است، زیرا تاریخ لویه جرگه ها و حقوق اساسی ثابت می نماید که لویه جرگه در افغانستان مقام صلاحیت دار تصویب و تعدیل قانون اساسی است.

بنابراین، لویه جرگه قوه ای مؤسس اصلی و فرعی است. ماده ۱۱۰ ق. ا در تعریف لویه جرگه می گفت: «لویه جرگه عالی ترین مظهر اراده مردم افغانستان می باشد. لویه جرگه متشکل است از: ۱- اعضای شورای ملی؛ ۲- رؤسای شوراها و ولایات و ولسوالی ها. وزراء، رییس و اعضای ستره محکمه و لوی خانونال می توانند در جلسات لویه جرگه بدون حق رأی شرکت ورزند.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

نخست این که لویه جرگه عالی ترین مظهر اراده مردم افغانستان می باشد. مظهر اسم مکان از ریشه «ظهر» گرفته شده است که در لغت به معنی محل ظهور است. دوم این که در گذشته ها در تعیین اعضای لویه جرگه هیچ نوع ضابطه و معیاری رعایت نمی شد و غالباً افرادی از سران قبایل و متنفذین و اعضای دولت به عضویت لویه جرگه ها انتخاب می شدند و این وضعیت به طور طبیعی لویه جرگه را در سطح بسیار پایین تنزل می داد و زمینه سوء استفاده از آن را برای سلاطین فراهم می نمود.^{۷۱۲}

جهت رفع این نقایص و منصوصه کردن احکام مربوط به لویه جرگه، از سال ۱۳۴۳ به این طرف، در همه قوانین اساسی افغانستان احکام معین برای لویه جرگه پیش بینی شده است، مانند: فصل پنجم، مواد ۷۸-۸۴ در قانون اساسی ۱۳۴۳، فصل ششم مواد ۶۵-۷۴ در قانون اساسی ۱۳۵۵، فصل سوم در اصول اساسی جمهوری دموکراتیک افغانستان و فصل چهارم قانون اساسی ۱۳۶۶. بنابراین، لویه جرگه از حالت سنتی برآمده است.

این نظر را مشوره حقوقی کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی نیز تأیید می نماید، زیرا این کمیسیون در مشوره حقوقی شماره ۳۱ مؤرخ ۲۲/۸/۱۳۹۰ در مورد لویه جرگه چنین ابراز نظر نموده است: «[...] در قانون اساسی لویه جرگه به رسمیت شناخته شده است و طبعاً طرز تشکیل و صلاحیت آن نیز مشخص شده است. در واقع، با تعریف لویه جرگه و طرز تشکیل آن در ماده ۱۱۰ و تعیین صلاحیت

۷۱۰. جهت مطالعه بیشتر در مورد معنی لغوی جرگه نک: دین محمد جاوید و اسدالله ولوالجی (۱۳۸۱). لویه جرگه اضطراری، جلد

(۱)، کابل: کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، صص ۷-۹.

۷۱۱. همان، دین محمد جاوید و اسدالله ولوالجی، ص ۱.

۷۱۲. همان، دین محمد جاوید و اسدالله ولوالجی، صص ۶۶ و ۶۷.

های آن در ماده ۱۱۱ قانون اساسی، لویه جرگه از حالت عنعنوی برآمده و به یک نهاد منتخب تبدیل شده است که اصل قانونی بودن نظام نیز چنین اقتضاء دارد [...]». ۷۱۳

در قانون اساسی ۱۳۸۲ نیز مانند اکثر قوانین اساسی افغانستان، ضابطه ای دموکراتیک برای عضویت در لویه جرگه، پیش بینی شده است. مطابق ماده ۱۱۰ قانون اساسی لاحق افغانستان لویه جرگه متشکل از اعضای شورای ملی و رؤسای شوراهای ولایات و ولسوالی‌ها می باشد. وزراء، رئیس و اعضای ستره محکمه و لوی څارنوال می توانند بدون حق رأی در جلسات لویه جرگه اشتراک ورزند. بنابراین، فقط نمایندگان و سناتور های شورای ملی و رؤسای شوراهای ولایتی و ولسوالی ها که به جز یک ثلث مشرانو جرگه همه انتخابی اند صلاحیت رأی دادن در لویه جرگه را دارند. بنابراین، ترکیب لویه جرگه مطابق ق. ۱ قرار ذیل بود:

۱- ۲۴۹ تن از اعضای ولسی جرگه؛

۲- ۱۰۲ از اعضای مشرانو جرگه؛

۳- ۳۴ تن از اعضای شورای ولایتی؛ و

۴- اعضای شورای ولسوالی.

این امر، اقدامی جالبی دیگری در جهت دموکراتیک و حقانی کردن لویه جرگه و رفع نقایص آن بود. با توجه به این که از زمان انفاذ قانون اساسی تا ختم دوره جمهوری در سال ۱۴۰۰ انتخابات شوری های ولسوالی ها دایر نشد، لویه جرگه مخالف ماده ۱۱۰ ق. ۱ دایر شد و به همین جهت اسم آن را لویه جرگه مشورتی گذاشتند مانند لویه جرگه مشورتی در خصوص امضای پیمان نظامی با امریکا که در زمان حامد کرزی، لویه جرگه های مشورتی در خصوص صلح با طالبان در زمان داکتر محمد اشرف غنی دو بار. قابل توصیه است در صورت تسوید قانون اساسی جدید ترکیب لویه جرگه مورد بازنگری قرار گیرد یا انتخابات شوری های ولسوالی دایر شود یا از ترکیب لویه جرگه اعضای شوراهای ولسوالی حذف گردد.

مبحث دوم) حالات تدویر، انتخاب رئیس و هیأت اداری، نصاب و مباحثات

طبق ماده ۱۱۱ ق. ۱: «لویه جرگه در حالات ذیل دایر می گردد: ۱- اتخاذ تصمیم در مورد مسایل مربوطه به استقلال، حاکمیت ملی، تمامیت ارضی و مصالح علیای کشور؛ ۲- تعدیل احکام این قانون اساسی؛ ۳- محاکمه رییس جمهور مطابق به حکم مندرج ماده شصت و نهم این قانون اساسی». طبق نص این ماده لویه جرگه در حالات ذیل دایر می گردد:

۷۱۳. کمیسیون مستقل نظارت بر قانون اساسی، مصوبه شماره ۳۱ (۱۳۹۰/۸/۱)، نظریه حقوقی کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی در مورد لویه جرگه، نقل از: کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، سالنامه کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی (۱/۴/۱۳۹۰-۲۹-۱۳۹۰)، صص ۲۳ و ۲۴.

۱- اتخاذ تصمیم در مورد مسایل مربوطه به استقلال، حاکمیت ملی، تمامیت ارضی و مصالح علیای کشور که تعریف هر یک قبلاً گذشت. از زمان انفاذ قانون اساسی سه بار لویه جرگه دایر شد. اول در زمان حکومت حامد کرزی به منظور مشوره در خصوص امضای پیمان امنیتی با ایالات متحده امریکا و دادن پایگاه های نظامی به امریکا. دوم در زمان حکومت داکتر محمد اشرف غنی به منظور ارایه مشوره در خصوص صلح با طالبان. سوم در زمان حکومت داکتر محمود اشرف غنی در خصوص رهایی چهار صد تن از زندانیان طالب. البته، ترکیب لویه جرگه مطابق ماده ۱۱۰ ق. ان بود و این لویه جرگه های لویه جرگه مشورتی نامیده شده اند.

۲- تعدیل قانون اساسی. ۷۱۴

۳- محاکمه رئیس جمهور. در دو مورد اول لویه جرگه توسط خود رئیس جمهور دایر می شد. اما، در مورد اخیر، لویه جرگه توسط ولسی جرگه دایر می شد. علت این امر متهم بودن خود رئیس جمهور و منفصل شدن او از وظیفه توسط لویه جرگه بود.

در خصوص انتخاب رئیس و هیأت اداری ماده ۱۱۲ ق. ا حکم می نمود: «لویه جرگه در اولین جلسه، از میان اعضا یک نفر را به حیث رییس و یک نفر را به حیث معاون و دو نفر را به حیث منشی و نایب منشی انتخاب می کند». مطابق حکم ماده ۱۱۳ ق. ا: «نصاب لویه جرگه هنگام رأی دهی، با حضور اکثریت اعضا تکمیل می گردد. تصامیم لویه جرگه، جز در مواردی که در این قانون اساسی صریحاً ذکر گردیده، با اکثریت آرا کل اعضا اتخاذ می گردد». مطابق ماده ۱۱۴ ق. ا: «مباحثات لویه جرگه علنی می باشد، مگر اینکه یک ربع اعضا سری بودن آن را درخواست نماید و لویه جرگه این درخواست را بپذیرد». مطابق حکم ماده ۱۱۵ ق. ا: «در هنگام دایر بودن لویه جرگه، احکام مندرج در مواد یکصد و یکم و یکصد و دوم این قانون اساسی، در مورد اعضای آن تطبیق می گردد».

فصل دوم: دولت

از نظر تاریخی لویه جرگه مرجع تصویب قانون اساسی بوده است. از لویه جرگه قانون اساسی و از قانون اساسی دولت ناشی می شود. دولت مرکب از نهادهای متعددی است مانند حکومت، شورای ملی، قوه قضائیه. اداره نیز از بطن حکومت بین می شود. برخی نهاد های دیگری نیز وجود دارد که به نحوی از انحا حقوقی تلقی می شوند مانند کمیسیون مستقل اصلاحات اداری، کمیسیون حقوق بشر، کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، کمیسیون انتخابات، انجمن مستقل وکلای مدافع. در این فصل دولت و در فصل بعدی سایر نهادهای های حقوقی را به صورت مختصر مورد مطالعه قرار می دهیم:

مبحث اول) تعریف دولت

واژه دولت عربی است که در لغت به معنی آنچه به گردش زمان و نوبت از یکی به دیگری برسد، گردش نیکی به سود کسی، دارایی، مال و ثروت است.^{۷۱۵} در برخی کتاب های حقوق اساسی که به زبان فارسی توسط استادان حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران به رشته تحریر در آمده اند، دولت به مفهوم حکومت در نظام حقوق اساسی افغانستان استعمال شده است و این امر همواره موجب سردرگمی خوانندگان افغانستانی را فراهم ساخته است، زیرا برخی نویسندگان جمهوری اسلامی ایران دولت را در مفهوم حکومت و حکومت را در مفهوم هیأت وزیران (شورای وزیران در افغانستان) استعمال می نمایند. اما، در نظام حقوق اساسی افغانستان، دولت، حکومت، شورای وزیران و کابینه دارای مفهوم واضح و مشخص اند. طبق ق. ا دولت به مفهوم قوه مقننه، مجریه و قضائیه است.

۷۱۵. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۶۱۹.

بخش سوم: نهادی های حقوقی: دولت

قوه مجریه معادل حکومت است و شورای وزیران یکی از نهاد های تصمیم گیرنده و نظارت کننده بر نهادهای که در چهارچوب قوه مجریه فعالیت می نمایند در مرکز حکومت است. در انگلیسی به دولت «State»، به حکومت «Government» و به هیئت/ شورای وزیران «Council of ministers» می گویند. اساسی دانان، تقریباً اتفاق نظر دارند که در اصطلاح حقوق اساسی، دولت عبارت از جامعه ای متشکل از یک سرزمین و جمعیتی پیرو یک قدرت سیاسی (حاکمیت) است.

به عبارت ساده تر: دولت به گروهی از افراد اطلاق می شود که در سرزمین معین سکونت داشته و تابع یک قدرت سیاسی عالی می باشند. براساس این تعریف، دولت دارای سه رکن است: جمعیت، سرزمین و قدرت سیاسی.^{۷۱۶} به نظر می رسد، این تعریف را اساسی دانان از تعریف دولت در حقوق بین الملل اقتباس کرده اند. زیرا، در حقوق بین الملل، دولت را گروهی از افراد که در سرزمین معین زندگی می نمایند و دارای حاکمیت اند، تعریف می نمایند.

این تعریف، در حقوق بین الملل درست به نظر می رسد، زیرا نگاه متخصصین حقوق بین الملل به دولت نگاهی از بالا با پایین است؛ به این توضیح که حقوقدانان بین الملل دولت را شخصیت حکمی بین الملل می دانند که در سرزمینی که دارای جمعیت است، ایجاد شده است. لذا، می گویند دولت دارای سه رکن است: سرزمین، جمعیت و دولت.

اما، در حقوق عامه به خصوص حقوق اساسی این تعریف محل ایراد به نظر می رسد، زیرا، در حقوق عامه نگاه به دولت نگاهی از پایین به بالا است؛ به این توضیح که: دولت را مردمی ایجاد می نمایند که در سرزمینی زندگی می نمایند؛ به این گونه که: مردم برای تمثیل اراده آنها در سطح بین الملل، دفاع از آنها در برابر تجاوز بیگانگان، وضع قانون، ارائه خدمات، تأمین عدالت، امنیت، بهداشت، نظم عمومی و امثال اینها، از طریق قوه مؤسس و تصویب قانون اساسی دولت را تشکیل می دهند.

لذا، دولت برآمده از قانون اساسی و قانون اساسی از قوه مؤسس و قوه مؤسس از مردم است. برای این که قدرت، قدرت را مهار نماید و فساد نیاورد، براساس اصل تفکیک قوا، دولت را به چند رکن که هر رکن یک قوه تأسیسی نامیده می شود، تقسیم می نمایند و به هر رکن وظایف و تشکیلات خاص را معین می نمایند. به حیث مثال، قانونگذاری را بر عهده قوه مقننه، صدور حکم بر مبنای قوانین را بر عهده قوه قضائیه و اجرای فیصله های قوه قضائیه و سایر امور اجرایی را به عهده قوه مجریه می گذارند. مجموع این سه قوه ارکان دولت را تشکیل می دهد. از آنچه گفته شد، به این نتیجه می رسیم که قوه مقننه، مجریه و قضائیه ارکان دولت اند. اما، مردم و سرزمین، برخلاف نظریه حقوقدانان بین الملل، شرط ایجاد دولت اند نه رکن

۷۱۶. به حیث مثال، نک: بیژن عباسی (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: جنگل، ص ۱۳۷؛ و منوچهر طباطبایی مؤتمنی (۱۳۸۰). حقوق اساسی، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۲۳.

آن. بنابراین، اگر سرزمین و مردم وجود نداشته باشد، دولتی به وجود نخواهد آمد. دانستن این نظر، مستلزم دانستن رکن و شرط در اصول فقه است.

تعریف رکن در مبحث ارکان حق گذشت. شرط در لغت به معنی مقدمه و علامت و التزام به چیزی است و در اصطلاح تعاریف متعددی برای آن ارایه شده است: چنانچه در اصول شرط به هر آن چیزی که وجودی متوقف بر آن باشد، به نحوی که با وجود آن موجود باشد و با عدم وجود آن موجود نباشد، شرط گویند. پس، شرط امری است که اگر نباشد مشروط به وجود نمی آید.^{۷۱۷}

از آنچه گفته شد، به این نتیجه می رسیم که شرط اجزای خارجی یک پدیده و رکن اجزای داخلی آن است. به این ترتیب، سرزمین و جمعیت شروط ایجاد دولت و قوه مقننه، مجریه و قضائیه ارکان دولت اند. این نظر را، مشروح مذاکرات ق. ا نیز تأیید می نماید که تفصیل آن در گفتار بعدی (دوم) خواهد آمد. در ق. ادولت مفهوم ویژه ای دارد. از تجمیع و تفسیر منطقی فصل اول، مواد ۱، ۲، ۵، ۶، ۷، ۸، ۹، ۱۰، ۱۲، ۱۳، ۱۴، ۱۵، ۱۶ و ۱۷ ق. ا که اشاره بر تکالیف دولت دارد، فصل دوم ماده ۶۰ که تصریح می نماید که: «رئیس جمهور در رأس دولت جمهوری اسلامی افغانستان قرار داشته، صلاحیت های خود را در عرصه های اجرائیه، تقنینیه و قضائیه مطابق به احکام این قانون اساسی، اعمال می کند [...]». فصل پنجم، شورای ملی، فصل هفتم به خصوص ماده ۱۱۶ که تصریح می نماید که: «قوه قضائیه رکن مستقل دولت جمهوری اسلامی افغانستان می باشد [...]». به خوبی نتیجه گرفته می شود که دولت بر قوای عمومی افغانستان اطلاق می شود که شامل قوه مقننه، مجریه و قضائیه می شود. پس دولت در افغانستان متشکل از سه قوه است: قوه مجریه، مقننه و قضائیه که هر کدام یک رکن دولت را تشکیل می دهد.

این نظر را مشروح مذاکرات قانون اساسی نیز تأیید می نماید. نویسندگان قانون اساسی نوین افغانستان در پاسخ به پرسشی که چرا نخستین فصل قانون اساسی افغانستان دولت است؟ بر این نظر بوده اند که: «[...] دولت متشکل از نهادها یا ارگان و اداراتی است که عمدتاً سه قوای مقننه، اجرائیه و قضائیه در داخل چوکات یک دولت فعالیت می کنند. از این لحاظ، در اصطلاح حقوقی دولت متشکل از سه قواء و حکومت یکی از اجزای آن است. ولی، در هر جایی که از دولت یا مکلفیت های آن بحث می شود، مقصود از شخصیت حقوقی دولت است که وظایف یا مکلفیت های مشخص را در هر یک از اندام ها یا

۷۱۷. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۲۹۳۰ و ۳۰۷۶؛ ___ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۰۰؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۳۰ و ۳۰۱؛ و علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد والملکیة والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، صص ۲۱۵-۲۱۹.

بخش سوم: نهادی های حقوقی: دولت

قوا سپرده شده و باید طبق دستور قانون انجام دهد.^{۷۱۸} در ق. ۱۳۸۲ با الگوبرداری از جمهوری اسلامی ایران، نظام جمهوری اسلامی برگزیده شد. طالبان در دوره اول امارت اسلامی تشکیل دادند. با روی کار آمدن طالبان در سال ۱۴۰۰، طالبان در دوره دوم نیز امارت اسلامی تشکیل دادند.

مبحث دوم) حکومت

حکومت در لغت به معنی فرمان دادن، امر کردن، فرمان روایی کردن، سلطنت کردن، پادشاهی کردن، داوری کردن، قضاوت کردن، فرمانروایی، سلطنت، پادشاهی، داوری و قضاوت است.^{۷۱۹} طبق ماده ۷۱ ق. ۱: «حکومت متشکل است از وزرا که تحت ریاست رئیس جمهور اجرای وظیفه می نماید. تعداد وزرا و وظایف شان توسط قانون تنظیم می گردد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که طبق این تعریف حکومت صرف شامل رئیس جمهور و وزراء بود که وظایف شان در قانون پیش بینی می شد. ریاست رئیس جمهور بر وزراء به اعتبار شأن اداری رئیس جمهور بود. به حیث مثال، رئیس جمهور و وزراء در نظام حقوقی افغانستان حکومت را تشکیل می دادند. دوم این که تعداد وزرا و وظایف شان توسط قانون تنظیم می گردید. قانونی که عمدتاً وظایف وزرا را تنظیم می نماید قانون تشکیلات اساسی است. همچنین، برخی قوانین و مقرراتی دیگری که وظایف و صلاحیت های وزارت خانه را تنظیم می نماید.

از جمله ۵۳ اداره دولتی، اکثر این ادارات قانون یا مقرره تشکیل و وظایف دارند که تشکیلات و وظایف آنها را تنظیم می نماید. تعریف ماده ۷۱ ق. ۱ خیلی محدود به نظر می رسد و صرف شامل رئیس جمهور و وزرا می شد. بنابراین، به نظر می رسد این تعریف از حکومت ناقص است، زیرا حکومت در عمل مرکب است از: نهاد ریاست جمهوری، شورای وزیران، وزارت ها، کمیسیون های مستقل، ادارات مستقل و ادارات محلی مانند: ولایت و ولسوالی. به نظر می رسد هدف قانونگذار اساسی در ماده ۷۱ ق. ۱ تعریف حکومت و ارجاع وظایف وزراء و وزازت ها به قوانین مربوطه است.

اما، در دوره اول و دوم حکومت طالبان، حکومت شامل رئیس الوزراء و وزراء، کمیسیون های مستقل و ادارات مستقل می شد و می شود. در رأس حکومت رئیس الوزراء قرار داشت و دارد.

مبحث سوم) اداره

۷۱۸. _____ (حوت ۱۳۸۲). قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح، جلد (۱)، کابل: دارالانشای قانون اساسی، ص ۵۶۸.

۷۱۹. محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۴۰۰.

اداره کلمه عربی است و در لغت به معنی دور دادن، گرداندن، چرخاندن، به گردش در آوردن، روبراه کردن، گرداندن کار، کار گردانی کردن است.^{۷۲۰} در اصطلاح حقوقی استادان حقوق از دو لحاظ اداره را تعریف نموده اند:

(۱) از لحاظ شکلی: از لحاظ شکلی اداره شامل تمام واحد های اداری قوه مجریه مانند وزارت خانه ها، کمیسیون ها، ادارات مستقل مانند اداره ملی محیط زیست، اداره احصائیه مرکزی و امثال اینها، ادارات محلی مانند: ولایت و ولسوالی می شود. همچنین، ادارات غیر قضایی و تقنینی که در چهارچوب قوه قضائیه و مقننه وجود دارند شامل اداره از نظر شکلی می شوند، مانند: اداره عمومی قوه قضائیه، دارالانشا های ولسی و مشرانو جرگه.

به مجموعه این ادارات (در عمل) ادارات خدمات ملکی می گویند. باوجوداین، پولیس، امنیت ملی و اردوی ملی شامل اداره خدمات ملکی نمی شود. در علم اداره عامه، به این ادارات، ادارات عامه می گویند. لذا، ادارات خدمات ملکی و یا اداره عامه شامل ادارات ملکی در قوه مجریه، اداراتی که در چهارچوب قوه مقننه و مجریه کار های اداری، مالی و لوژستیکی را انجام می دهند ادارات خدمات ملکی شامل ادارات خدمات ملکی می شوند و در حقوق اداری مورد مطالعه قرار می گیرند. به افرادی که در این ادارات کار می نمایند، مأمورین و یا کارکنان خدمات ملکی می گویند.

(۲) از لحاظ ماهوی: مجموعه اعمال و فعالیت هایی است که توسط دولت و یا زیر نظر دولت برای تأمین نیازهای همگانی (خدمات عامه) و تأمین امنیت، بهداشت و آسایش همگان (نظم عامه) انجام می شود و تحت رژیم حقوق عامه قرار دارد.^{۷۲۱} تعریف اداره از لحاظ ماهوی محل ایراد به نظر می رسد، زیرا مجموعه اعمال و فعالیت های اداری را اعمال اداری می گویند، نه اداره. ادارات در قوه مجریه دارای سه شکل است: متمرکز، غیرمتمرکز و عدم تراکم.

اول) نظام اداری متمرکز: نظام اداری متمرکز اداری عبارت از نظامی است که امور توسط کابینه و شورای وزیران اداره می شود و این کابینه و شورا در مرکز مستقر است. برای تحقق نظام اداری متمرکز تحقق دو شرط ضروری است: نخست اختیار تصمیم گیری در مرکز و دوم اختیار اجرایی در مرکز. نظام اداری متمرکز موجب ایجاد آثار آتی می گردد: نخست شخصیت حکمی واحد حکومت، دوم سلسله مراتب اداری و سوم کنترل سلسله مراتبی. نظام اداری متمرکز دارای محاسن و معایب است.

۷۲۰. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۹۲.

۷۲۱. طارق عزیز (۲۰۱۱). حقوق اداری افغانستان، مترجم: مسعود مخلص، کابل: انتشارات انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و

حقوق بین الملل ماکس پلانک، ص ۱۹.

بخش سوم: نهادهای های حقوقی: دولت

نظام اداری متمرکز موجب تأمین وحدت ملی و تقسیم منابع به صورت عادلانه می گردد، اما معایب این نظام عدم مشارکت عموم مردم در تصمیم گیری ها، اطاعت محض زیردستان از مقامات مافوق، ایجاد بوروکراسی و موانع برای حسن اجرای امور اند.

دوم) نظام اداری غیر متمرکز: عدم تمرکز اداری نظامی است که در آن، صلاحیت های تصمیم گیری در باره امور به مقاماتی که کم و بیش مستقل از قوه مرکزی هستند سپرده می شود. نظام عدم تمرکز اداری به اقسام ذیل تقسیم می شود:

(۱) عدم تمرکز محلی: عدم تمرکز محلی عبارت از اعطای صلاحیت تصمیم گیری به یک محل مانند: ولایت، ولسوالی و قریه نسبت به برخی امور محلی است.

(۲) عدم تمرکز فنی: عدم تمرکز فنی عبارت است از واگذاری اختیار تصمیم گیری به یک اداره و یا گروهی از متخصصین برای اداره برخی امور فنی و تخصصی که بتوانند دور از جریانات سیاسی و اداری به کار پردازند و زیاد تابع مرکز نباشند و دارای هیأت منتخب از خود ارگان باشند و یا برای مدت طولانی توسط دولت مرکزی منصوب شوند.

محاسن نظام اداری غیرمتمرکز این است که این نظام از نظر روانی موافق با تمایلات بشری است، از نظر فنی و تخصصی باعث می شود تا کارها به گونه مسلکی و فنی انجام شود، از نظر حس همکاری افراد تقویت شود و، وظایف مرکز سبک شود و موجب ابتکار توسط کارمندان شود، اما معایب این نظام این است که این نظام امکان دارد باعث ایجاد تشتت گردد و مصالح عمومی متحقق نشود و اغراض شخصی بر منافع عمومی غلبه نماید و برنامه های عمومی دچار وقفه شود.

سوم) نظام اداری غیرمتراکم: با توجه به معایب نظام اداری متمرکز و غیرمتمرکز، نوع سوم نظام اداری که گرفته شده از هر دو است، نظام اداری غیرمتراکم است. نظام اداری غیر متراکم نوع تمرکز اداری است که در آن برخی از اختیارات تصمیم گیری در ولایات و ولسوالی ها به نماینده اداره مرکزی داده می شود. هدف نظام اداری غیرمتراکم حذف تشریفات زاید، رفع تراکم کارها در مرکز، تأمین حسن اداره امور و سرعت عمل در کارها است.

محاسن این نظام این است که باعث افزایش اختیارات مأموران دولت در ولایات و ولسوالی ها و کاهش اختیارات قوه مرکزی می گردد و از بوروکراسی (دیوان سالاری) و کندی امور جلوگیری می نماید و موجب اخذ و اجرای تصمیم در سطح ولایات و ولسوالی در حدود صلاحیت توسط مأموران می شود. اما، معایب این نظام این است که امکان دارد این گونه نظام موجب تعدی و تجاوز حکام محلی در صورت

ضعیف بودن دولت مرکزی و فلج شدن نظم و انضباط در محلات گردد و در نتیجه سیاست ها و برنامه های واحد دولت در سراسر کشور تطبیق نگردد.^{۷۲۲}

چهارم) شکل نظام اداری افغانستان: شکل نظام اداری را ماده ۱۳۷ ق. ا معین نموده است. این ماده تصریح می نمود: «حکومت با حفظ اصل مرکزیت به منظور تسریع و بهبود امور اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و سهم گیری هرچه بیشتر مردم در انکشاف حیات ملی، صلاحیت های لازم را مطابق به احکام قانون، به اداره محلی تفویض می نماید...». پرسش این است که طبق این ماده قانونگذاری اساسی نظام اداری متمرکز، غیر متمرکز و یا غیر متمرکز را پذیرفته است؟

در پاسخ به این پرسش در میان حقوقدانان دیدگاه های مختلف وجود دارد: آقای عزیزی بر این نظر است که: «دولت مرکزی مطابق به حکم ماده ۱۳۷ قانون اساسی بعضی از مقامات را به حیث نماینده در واحد های اداره محلی با حفظ اصل مرکزیت دولت افغانستان مؤظف می کنند. به همین دلیل، این سیستم بیشتر نزدیک به عدم تراکم اداری بوده، نه عدم تمرکز اداری...».^{۷۲۳}

استاد نیاز در این خصوص بر این نظر است که: «دولت جمهوری اسلامی افغانستان دولت بسیط به شمار می رود که عمدتاً به صورت متمرکز اداره می شود. اما زمینه های عملی برای اجرای یک سیستمی که بیشتر به سبک عدم تراکم نزدیکی دارد، نیز پایه گذاری شده است. ولی شواهدی از عدم تمرکز به مشاهده نمی رسد. زیرا نقشی که برای شورا ها اعم از ولایتی و ولسوالی در ساختار سیاسی - اداری افغانستان تعیین شده، می رساند که این شورا ها از صلاحیت قانونی برای اعمال قدرت تقنینی و سیاسی برخوردار نیست؛ یعنی این نهاد ها هیچ گونه نقشی در راستای تمرکز زدایی در کشور بازی کرده نمی تواند. به عبارت بهتر: چهارچوب صلاحیت های شورا ها بیشتر در امور مشورتی یا معاونتی تمرکز یافته است نه تصمیم گیری. با آن هم، نقش غیر مستقیم شورا های ولایتی و ولسوالی در تقویت و برانگیختن حس مشارکت، جامعه پذیری، تمرین دموکراسی غیر قابل انکار است...».^{۷۲۴}

آقای دانش در این خصوص بر این نظر است که: «نظام اداری افغانستان نظام بسیط است نه مرکب و فدرال، اما در عین حال با حفظ اصل مرکزیت، ساختار اداری کشور بر مبنای تمرکز مطلق نیست، زیرا تمرکز مطلق در دنیای امروز غیر عملی است و امروز در همه کشور ها کوشش می شود که از تراکم و تمرکز

۷۲۲. جهت مطالعه مفصل در مورد سبک های نظام های اداری ر. ک: منوچهر طباطبایی مؤتمنی (۱۳۸۷). حقوق اداری، چاپ پانزدهم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت)، صص ۷۱-۸۹؛ محمد امامی و کورش استوار سنگری (۱۳۸۷). حقوق اداری (۱)، چاپ دوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان، جلد (۱)، صص ۵۴-۵۸؛ ولی الله انصاری (۱۳۹۰). کلیات حقوق قراردادهای اداری، چاپ پنجم، تهران: نشر حقوقدان، صص ۱۳۱-۱۶۵.

۷۲۳. طارق عزیزی (۲۰۱۱). حقوق اداری افغانستان، مترجم: مسعود مخلص، کابل: انتشارات انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک، ص ۴۵.

۷۲۴. عبدالوحد نیاز (۱۳۹۳). مقدمه بر حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید، ص ۵۰۶.

بخش سوم: نهادی های حقوقی: دولت

جلوگیری به عمل آید. در قانون اساسی ما نیز رویکردی به عدم تمرکز وجود دارد هرچند که هنوز هم حدود صلاحیت های اداره محلی و شورای های محلی با ابهامات مواجه است.^{۷۲۵} برخی دیگر از حقوقدانان منکر نظام اداری غیرمتمرکز در افغانستان اند. از آنچه گفته شد به نظر می رسد:

نخست این که: نظام اداری افغانستان از نظر شکل، نظام اداری متمرکز است. این اصل است. به نظر می رسد دلیل این امر ترکیب قومی و نگرانی از تجزیه شدن افغانستان است.

دوم این که: با توجه به نقایصی که نظام اداری متمرکز دارد، به طور استثنایی نظام اداری غیرمترکم نیز در ق. ا پذیرفته شده است. زیرا، ماده ۱۳۷ ق. ا تصریح می نمود حکومت با حفظ مرکزیت صلاحیت های لازم را مطابق احکام قانون به اداره محلی واگذار می نماید. بنابراین، طبق نص ماده ۱۳۷ ق. ا قانونگذاران عادی باید برخی صلاحیت های تصمیم گیری را به نهادهای محلی واگذار نمایند.

سوم این که: به نظر می رسد نظام اداری افغانستان غیرمتمرکز نیست. ولایات و ولسوالی ها از نهاد های عدم تمرکز محلی اند و تصامیمی را که در مرکز گرفته می شود اجرا می نمایند. شورای های ولایتی، شورای های ولسوالی، شورای قریه، مجالس شهرداری هرچند از برخی خصوصیات نهاد های غیرمتمرکز مانند محلی بودن، انتخابی بودن و نظیر اینها برخوردار اند، اما این شوراها شخصیت حقوقی مستقل ندارند، در چهارچوب حکومت ایجاد می شوند و صلاحیت تصمیم گیری در امور محلی را ندارند.

بنابراین، با توجه به فقدان شرایط نهاد های عدم تمرکز اداری، به نظر نمی رسد که بتوان شورای ولایتی، شورای های ولسوالی، شورای قریه و مجالس شهرداری را از نهاد های عدم تمرکز اداری تلقی کرد. بنابراین، ایجاد شورای های ولایتی، ولسوالی، قریه و مجالس شهرداری که در مواد ۱۳۸-۱۴۱ ق. ا پیش بینی شده اند با ماده ۱۳۷ ق. ا که به عنوان اصل نظام اداری متمرکز و به عنوان استثناء نظام اداری غیرمترکم را پذیرفته است در تعارض به نظر می رسد.

ماده ۱۳۶ ق. ا تصریح می نمود: «اداره جمهوری اسلامی افغانستان بر اساس واحدهای اداره مرکزی و ادارات محلی، طبق قانون تنظیم می گردد. اداره مرکزی به یک عده واحدهای اداری منقسم می گردد که در رأس هرکدام 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 می گردد.» براساس این ماده اداره جمهوری اسلامی به اداره مرکزی و محلی و مرکزی شامل وزارت ها و محلی شامل ولایت ها می شود. اما، در عمل ادارات از این تقسیم بندی وسیع تر است و آن را می توان اولاً به ادارات مرکزی و محلی و سپس ادارات مرکزی را به ادارات مرکز حکومت، ادارات مرکزی و ادارات مستقل تقسیم کرد:

اول) ادارات مرکزی: ادارات مرکزی به ادارات مرکز حکومت و ادارات مرکزی تقسیم می شود: ادارات مرکزی به ادارات مرکز حکومت، وزارت ها، ادارات مستقل، کمیسیون های مستقل و شرکت های دولتی تقسیم می شوند:

گفتار اول) ادارات مرکز حکومت

ادارات و مقام های مرکز حکومت قرار ذیل اند:

۱) امیرالمؤمنین / رئیس جمهور، کابینه یا شورای وزیران: در دور اول حکومت طالبان دو مرکز قدرت وجود داشت. نخست قندهار و دوم کابل. امیرالمؤمنین در قندهار مقیم بود و از آنجا فرمان صادر می کرد و کابینه در کابل موقعیت داشت و بیشتر نقش اجرایی داشت. رئیس الوزراء کابینه را رهبری می کرد. معمولاً در اجندای کابینه مسایل مربوط به تأیید طرح قوانین، انتقال زمین، تصویب بودجه، تأسیس ادارات، تخصیص وجه مالی اضافی در جریان سال، تصویب پالیسی ها و ستراتیژی و سایر مسایل براساس هدایات رئیس الوزراء شامل می شد.

در حال حاضر نیز قدرت میان قندهار و کابل تقسیم است. امیرالمؤمنین در قندهار مقیم است و صلاحیت های سیاسی، مذهبی و نظامی را اعمال می نماید و رئیس الوزراء و کابینه در کابل موقعیت دارد. به دلیل نبود قانون اساسی تفکیک وظایف امیرالمؤمنین و رئیس الوزراء روشن نیست. آنچه روشن است این که امیرالمؤمنین عالی ترین مقام سیاسی، مذهبی و نظامی است و رئیس الوزراء نقش اجرایی دارد و فرد دوم مملکت تلقی می شود.

۲) معاونین رئیس الوزراء: در حال حاضر امیرالمؤمنین فاقد معاون است. رئیس الوزراء دارای سه معاون است. معمولاً معاونین رئیس الوزراء وظایفی را که رئیس الوزراء به آنها می سپارد انجام می دهند.

۳) اداره امور: تمام برنامه های اجرایی وزارت ها و ادارات مستقل و کمیسیون های مستقل از طریق این اداره با ریاست الوزراء هماهنگ و تنظیم می شود. همچنین، اداره امور سکرتریت کابینه یا شورای وزیران را به عهده دارد. تمام مکاتیب از طریق اداره امور به رئیس الوزراء فرستاده می شود. همچنین، اداره امور فعالیت های ادارات مختلف را هماهنگ می نماید. همچنین، اداره امور رئیس الوزراء را کمک می نمود تا صلاحیت ها و اختیارات خویش را اعمال نماید. اداره امور هم در دوره اول حکومت طالبان وجود داشت. با روی کار آمدن طالبان در سال ۱۴۰۰ حکومت طالبان اداره امور را ابقاء نمودند.

بخش سوم: نهادهای های حقوقی: دولت

۵) اداره تدارکات ملی: ادارات تدارکان ملی توسط رئیس جمهور ایجاد شد. رئیس این اداره توسط رئیس جمهور منصوب می شد. این ادارات پروژه ها و قراردادهای بزرگ تدارکاتی را تصویب می نمود. این اداره با روی کار آمدن طالبان در سال ۱۴۰۰ ابقاء شد.

گفتار دوم) وزرات ها

وزارت عبارت از واحد اداری مرکزی است که تحقق یک یا چند هدف از اهداف حکومت را بر عهده دارد و توسط امیرالمؤمنین ایجاد می شود و توسط وزیر اداره می شود. وزیر نیز شخصی بود که توسط امیرالمؤمنین توظیف می شود و در رأس وزارت قرار دارد. تعداد وزارت ها را نمی توان به صورت دقیق احصاء کرد زیرا در زمان جمهوریت رئیس جمهور و در حالت حاضر امیرالمؤمنین تصمیم گیرد که کدام وزارت ها وجود داشته باشد و کدام منحل یا مدغم گردد. برخی از وزارت ها در افغانستان وجود داشت که وزیر از پارلمان رأی اعتماد نمی گرفت مانند وزارت دولت در امور حوادث، وزارت دولت در امور پارلمانی، وزارت دولت در امور صلح که محل ایراد بود.

۲- ادارات غیروزارتی: ادارات غیروزارتی در مرکز به کمیسیون ها، ادارات مستقل و شرکت های دولتی تقسیم می شود:

کمیسیون ها: کمیسیون ها عبارت از نهاد غیر وزارتت اند که به صورت صریح یا ضمنی ایجاد آنها در قانون اساسی یا اسناد مؤسس دولت جمهوری اسلامی افغانستان، مانند: توافقات بن پیش بینی شده است. کمیسیون های مستقل توسط رئیس عمومی و بورد اداره می شود و مکلف به ارائه گزارش به رئیس جمهور و در حال حاضر به کابینه اند.

طبق قانون اساسی چهار کمیسیون مستقل وجود داشت: کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی و کمیسیون مستقل انتخابات. همچنین، کمیسیون رسیدگی به شکایات انتخاباتی جزء کمیسیون ها است اما ایجاد آن در ق. ا پیش بینی نشده است. همچنین، کمیسیون انرژی اتومی در افغانستان وجود دارد. همچنین، کمیسیون حق دسترسی به اطلاعات از دیگر کمیسیون ها در افغانستان است. با روی کار آمدن طالبان در سال ۱۴۰۰، طالبان کمیسیون مستقل انتخابات، کمیسیون مستقل رسیدگی به شکایات های انتخاباتی، کمیسیون مستقل حقوق بشر، کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی را منحل کردند.

گفتار سوم) ادارات مستقل

ادارات مستقل توسط توسط امیرالمؤمنین ایجاد و فعالیت های خویش را در چهارچوب قوه اجرائیه براساس اسناد تقنینی مربوط اجراء می کنند. وظایف ادارات مستقل در اسناد مؤسس آنها پیش بینی می شود. ادارات مستقل توسط رئیس اداره می شوند و مکلف به ارایه گزارش به نهاد ریاست الوزراء و کابینه اند. شمار ادارات مستقل در نظام حقوق اداری افغانستان متعدد است که عبارت اند از: شهرداری کابل، اداره مستقل احصائیه مرکزی، اداره مستقل ارگان های محل، اداره ملی حفاظت از محیط زیست، جمعیت عالی سره میاشت، اداره عالی کنترول و تفتیش، اکادمی علوم، کمیته ملی المپیک، اداره جیودیزی و کارتوگرافی، اداره مستقل نورم و ستندر، اداره هوانوردی، اداره ملی امتحانات و نظیر اینها.

گفتار چهارم) شرکت های دولتی

شرکت های دولتی (مانند شرکت هوایی آریانا، افغان تیلی کام، برشنا) عبارت از شرکت های اند که غرض ارایه خدمات خاص به صورت انتفاعی توسط قانون ایجاد می شوند.

گفتار پنجم) سایر نهاد

د افغانستان بانک، بانک مرکزی است. لوی خاړنوالی جزء حکومت و در اجراءات خود مستقل است. رادیو تلویزیون ملی، تلویزیون و رادیو ملی دولتی است.

مطابق قانون ارگان های محل، قانون شورای ولایتی و قانون انتخابات عبارت اند از:

۱) ولایت: ولایت یکی از واحد های اداره محلی است. در رأس واحد اداره محلی والی قرار دارد. والی نماینده با صلاحیت قوه اجرائیه است. وظایف و صلاحیت های والی در قانون ارگان های محلی پیش بینی شده است. در حال حاضر، ۳۴ ولایت در افغانستان وجود دارد.

۲) ولسوالی: هر ولایت جهت تأمین تسهیلات قضایی و اداری و تأمین اهداف اداره محلی براساس تناسب نفوس و ساحه به واحد های فرعی ولسوالی تقسیم می شوند. در رأس ولسوالی، ولسوال قرار دارد. وظایف و صلاحیت های ولسوال در قانون ارگان های محلی پیش بینی شده است.

۳) شهرداری: ماده ۱۴۱ ق. ۱ حکم می نمود: «برای اداره امور شهری، شاروالی تشکیل می شود. شاروال و اعضای مجالس شاروالی، از طریق انتخابات آزاد، عمومی، سری و مستقیم انتخاب می شوند. امور مربوط به شاروالیها توسط قانون تنظیم می گردند.»

مبحث چهارم) شورای ملی

بخش سوم: نهادی های حقوقی: دولت

ماده ۸۱ ق. ا در تعریف شورای ملی می گفت: «شورای ملی جمهوری اسلامی افغانستان به حیث عالی ترین ارگان تقنینی مظهر اراده مردم آن است و از قاطبه ملت نمایندگی می کند.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

نخست این که شورای ملی عالی ترین ارگان تقنینی است. در این ماده به یکی از وظایف ذاتی شورای ملی که قانونگذاری است تصریح شده است. با وجود این، صلاحیت ها و وظایف شورای ملی محدود و منحصر به قانونگذاری نیست، بلکه وظایف و صلاحیت های دیگری نیز دارد که تفصیل آن خواهد آمد. دوم این که شورای ملی مظهر اراده مردم است. مظهر اسم مکان از ریشه ظهر گرفته شده است که در لغت به معنی محل ظهور است. چون اعضای شورای ملی به جز اعضای انتصابی توسط رئیس جمهور نمایندگان مستقیم مردم اندو اراده آنها را تمثیل می نمایند، شورای ملی مظهر اراده مردم نامیده شده است که از قاطبه ملت نمایندگی می نماید. قاطبه در لغت بع معنی همه، همگان و عموم است.^{۷۲۶} سوم این که نمایندگی وظیفه دیگری ذاتی اعضای شورای ملی است که به نیابت از مردم انجام می شود. شورای ملی مرکب از ولسی و مشرانو جرگه بود. حکومت طالبان در سال ۱۴۰۰ شورای ملی را منحل کردند. بنابراین، در حال حاضر شورای ملی در افغانستان وجود ندارد.

مبحث پنجم) قوه قضائیه

نویسندگان ق. ا احکام مربوط به قوه قضائیه را در فصل هفتم، مواد ۱۱۶ تا ۱۳۵ تنظیم نموده اند. در این فصل تشکیل ستره محکمه، تشکیلات محاکم استیناف، تشکیلات محاکم ابتدائیه را مورد بحث قرار می دهیم:

گفتار اول) ستره محکمه

ستره محکمه دارای وظایف قضایی، اداری و مالی است. با توجه به این وظایف تشکیل متناسب به این وظایف برای ستره محکمه در ق. ت. ص. ق پیش بینی شده است که عبارت اند از: دفتر قاضی القضاة، شورای عالی قضایی، دیوان ها و آمریت عمومی قوه قضائیه. رئیس ستره محکمه که قاضی القضاة نیز نامیده می شود در رأس ستره محکمه و شورای عالی قضایی قرار دارد. رئیس ستره محکمه توسط رهبر امارت اسلامی توسط فرمان توظیف می گردد. رئیس ستره محکمه یک معاون دارد.

ماده ۴۰ ق. ت. ص. ق وظایف و صلاحیت های قاضی القضاة را بیان می کند. این وظایف و اختیارات قرار ذیل اند: ۱- تمثیل از ستره محکمه در مجامع ملی و بین المللی. ۲- رهبری عمومی فعالیت های قضائی و اداری ستره محکمه. ۳- ریاست از جلسات شورای عالی ستره محکمه. ۴- ریاست جلسات قضائی دیوان های مربوط ستره محکمه عندالافتضاء. ۵- اصدار امر مبنی بر تفتیش فعالیت های

محاکم یا یکی از قضات عندالاقضاء. ۶- نظارت بر تطبیق فیصله های قطعی و نهائی محاکم. ۷- تطبیق بودجه قوه قضائیه، نظارت و مراقبت از تطبیق سالم آن از طرف ادارات مربوط. ۸- نظارت بر فعالیت های امریت عمومی اداری قوه قضائیه و سایر ادارات مسلکی، اجرائی و اداری ستره محکمه. ۹- ارائه گزارش اجراءات قضائی و اداری قوه قضائیه به رئیس جمهور. ۱۰- تفویض صلاحیت رسیدگی قضیه از یک دیوان ستره محکمه به دیوان دیگر عندالایجاب. ۱۱- انجام سایر وظایف و صلاحیت های مندرج قانون اساسی، این قانون و سایر اسناد تقنینی.»

این وظایف و اختیارات را رئیس ستره محکمه می تواند مستقیماً انجام دهد و یا در موارد خاص که در ماده ۴۱ پیش بینی شده است توسط کفیل ستره محکمه.

به موجب فقره (۱) ماده ۴۲ ق. ت. ص. ق ستره محکمه دارای پنج دیوان است: ۱- دیوان جزای عمومی. ۲- دیوان امنیت عامه. ۳- دیوان مدنی و حقوق عامه. ۴- دیوان تجارتی. ۵- دیوان جرایم عسکری، جرایم نظامی و جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی.»

اما، در عمل تعداد این دیوان ها به هشت دیوان به قرار ذیل افزایش یافت.

۱) دیوان جزای ستره محکمه؛

۲) دیوان جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی؛

۳) دیوان جرایم فساد اداری، امنیت عامه و مواد مخدر؛

۴) دیوان رسیدگی به جرایم خشونت علیه زن و تخلفات اطفال؛

۵) دیوان رسیدگی به جرایم منسوبین نظامی؛

۶) دیوان رسیدگی به قضایای مدنی؛

۷) دیوان رسیدگی به قضایای حقوق عامه و احوال شخصیه؛

۸) دیوان رسیدگی به قضایای تجارتی. ۷۲۷

دوم) محاکم استیناف

طبق ماده ۵۱ ق. ت. ص. ق در سطح هر ولایت یک محکمه استیناف ایجاد می گردد. محکمه استیناف مرکب از رئیس عمومی، رؤسای دیوان ها و اعضاء می باشد. رئیس عمومی محکمه استیناف از میان قضاتی تعیین می گردد که دارای اهلیت، درایت کامل و تجربه قضائی حداقل (۱۰) سال باشد. رئیس دیوان جزای عمومی در عین حال معاون رئیس محکمه استیناف نیز می باشد.

بخش سوم: نهادی های حقوقی: دولت

به موجب ماده ۵۳ ق. ت. ص. ق محاکم متشکل از دیوانهای ذیل می باشند: ۱- دیوان جزای عمومی. ۲- دیوان امنیت عامه. ۳- دیوان مدنی و احوال شخصیه. ۴- دیوان حقوق عامه. ۵- دیوان تجارتی. تعداد اعضای قضایی در هر دیوان بیشتر از ۶ تن بوده نمی تواند. در سطح استینافی، حداقل ۳ قاضی باید در رسیدگی به قضایا در محاکمه اشتراك ورزند (فقره ۲ ماده ۶ ق. ت. ص. ق). وظایف و صلاحیت های رئیس محکمه استیناف در ماده ۵۶ ق. ت. ص. ق بیان شده است.

علاوه بر این، در ق. ت. ص. ق محکمه استیناف عسکری پیش بینی شده است. اما، این محکمه صرف در کابل ایجاد می گردد نه در هر ولایت. ماده ۶۰ ق. ت. ص. ق در این مورد حکم می نماید: «محکمه استیناف عسکری و نظامی ۷۲۸ متشکل از دیوان های ذیل می باشد: ۱- دیوان جرایم افسران، بریدملان و ساتنمنان. ۲- دیوان جرایم سربازان. دیوان های محکمه استیناف عسکری و نظامی ۷۲۹ قضایایی را که محاکم ابتدائیه عسکری و نظامی ۷۳۰ ابتداء رسیدگی نموده، در مرحله استیناف رسیدگی می نماید. رئیس دیوان جرایم افسران، بریدملان و ساتنمنان در عین حال معاون رئیس محکمه استیناف عسکری و نظامی ۷۳۱ می باشد. رئیس محکمه استیناف عسکری و نظامی ۷۳۲ از اجراءات خود به ستره محکمه گزارش می دهد. مقرر محکمه استیناف عسکری و نظامی ۷۳۳ در شهر کابل قرار دارد. ستره محکمه در صورت ضرورت محاکم استیناف عسکری و نظامی ۷۳۴ را مطابق احکام این قانون بعد از منظوری رئیس جمهور در ولایات ایجاد می نماید.»

مطابق ماده ۵ ق. ت. ص. ق محاکم استیناف صلاحیت رسیدگی به احکام و قرارهای محاکم تحتانی را که مورد اعتراض قرار گرفته است، دارند. محاکم استیناف حین رسیدگی به این قضایا باید تمام حالات و کوائف دعوی را مجدداً تحت غور قرار داده، می توانند فیصله ها و قرارهای محاکم

-
۷۲۸. کلمه «نظامی» در این ماده به موجب تعدیل و حذف از بعضی مواد قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۴۶، مؤرخ ۱۳۹۳/۶/۷ ایزاد گردیده است.
۷۲۹. کلمه «نظامی» در این ماده به موجب تعدیل و حذف از بعضی مواد قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۴۶، مؤرخ ۱۳۹۳/۶/۷ ایزاد گردیده است.
۷۳۰. کلمه «نظامی» در این ماده به موجب تعدیل و حذف از بعضی مواد قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۴۶، مؤرخ ۱۳۹۳/۶/۷ ایزاد گردیده است.
۷۳۱. کلمه «نظامی» در این ماده به موجب تعدیل و حذف از بعضی مواد قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۴۶، مؤرخ ۱۳۹۳/۶/۷ ایزاد گردیده است.
۷۳۲. کلمه «نظامی» در این ماده به موجب تعدیل و حذف از بعضی مواد قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۴۶، مؤرخ ۱۳۹۳/۶/۷ ایزاد گردیده است.
۷۳۳. کلمه «نظامی» در این ماده به موجب تعدیل و حذف از بعضی مواد قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۴۶، مؤرخ ۱۳۹۳/۶/۷ ایزاد گردیده است.
۷۳۴. کلمه «نظامی» در این ماده به موجب تعدیل و حذف از بعضی مواد قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۴۶، مؤرخ ۱۳۹۳/۶/۷ ایزاد گردیده است.

تحتانی را طبق احکام قانون تصحیح، نقض، تعدیل، تأیید یا لغو نمایند. دیوان های ذیربط محاکم استیناف صلاحیت بررسی قضایایی که در حوزه تحت صلاحیت آنها مورد اعتراض قرار گرفته است را دارند.

به حیث مثال دیوان جزای عمومی صلاحیت بررسی قضایای جزایی، دیوان تجارتي صلاحیت بررسی قضایای تجارتي و به همین ترتیب دیوان های دیگر صلاحیت بررسی قضایای مربوطه و خاص خود را دارا می باشند. مطابق ماده ۵۵ ق. ت. ص. ق فیصله و قرا رهای محاکم استیناف در احوال ذیل قطعی و نهائی می باشد: ۱- در حال قناعت طرفین دعوی به حکم صادره. ۲- در حال انقضای میعاد فرجام خواهی. ۳- در صورتی که ارزش مدعاها در قضایای مدنی، حقوق عامه و احوال شخصیه الی دو صد هزار و در قضایای تجارتي الی پنجصد هزار افغانی باشد. ۴- در صورتی که ماهیت جرمی قضیه قباح یا جنحه ای باشد که در آن صرف مجازات نقدی حکم شده باشد. ۵- سایر مواردیکه در قانون پیش بینی گردیده است.

گفتار سوم) محاکم ابتدائیه

ماده ۶۱ ق. ت. ص. ق در مورد تشکیل محاکم ابتدائیه تصریح می نماید: «در حوزه قضائی هر محکمه استیناف، محاکم ابتدائیه به ترتیب ذیل تشکیل می گردد: ۱- محکمه ابتدائیه شهری. ۲- محکمه ابتدائیه تجارتي. ۳- محکمه ابتدائیه احوال شخصیه (امور خانواده). ۴- محکمه ابتدائیه اطفال. ۶- محکمه ابتدائیه ولسوالی.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که محاکم ابتدائیه شامل محاکم ابتدائیه شهری، محکمه ابتدائیه تجارتي، محکمه ابتدائیه احواله شخصیه، محکمه ابتدائیه اطفال و محکمه ابتدائیه ولسوالی می شود:

۱) محکمه ابتدائیه شهری: ماده ۶۲ ق. ت. ص. ق در مورد تشکیلات محکمه ابتدائیه شهری تصریح می نماید: «(۱) محکمه ابتدائیه شهری مرکز ولایت دارای دیوان های ذیل می باشد: ۱- دیوان جزای عمومی؛ ۲- دیوان مدنی؛ ۳- دیوان حقوق عامه؛ ۴- دیوان امنیت عامه؛ ۵- دیوان جرایم ترافیکی؛ (۲) دیوان های مندرج فقره (۱) این ماده هر یک مرکب از رئیس و حداکثر (۴) عضو می باشد. رئیس محکمه ابتدائیه شهری می تواند در صورت ضرورت عضو یک دیوان را موقتاً به دیوان دیگر توظیف نماید؛ (۳) ستره محکمه می تواند عندالضرورت محاکم ابتدائیه شهری دیگری را در چوکات محاکم استیناف ولایات بعد از منظوری رئیس جمهور ایجاد نماید.»

رئیس محکمه ابتدائیه شهری، رهبری و تنظیم فعالیت های قضائی و اداری دیوان ها را به عهده داشته، عنداللزوم در جلسات آن ها اشتراک می نماید. رؤسای دیوان های محکمه ابتدائیه شهری جلسات دیوان های مربوط را رهبری می نمایند. در صورتی که رئیس محکمه ابتدائیه، جلسه قضائی

بخش سوم: نهادی های حقوقی: دولت

دیوان را رهبری نماید، در این حالت رئیس دیوان، عضو دیوان مربوط پنداشته می شود. رئیس دیوان جزای عمومی در عین حال معاون رئیس محکمه ابتدائیه شهری ولایت می باشد (ماده ۶۴ ق. ت. ص. ق). ماده ۶۳ ق. ت. ص. ق صلاحیت های موضوعی محاکم ابتدائیه شهری را تنظیم نموده است. طبق این ماده: «محاکم ابتدائیه شهری مراکز ولایات قضایای ذیل را توسط دیوان های مربوط در مرحله ابتدائی طبق احکام قانون رسیدگی می نمایند: ۱- رسیدگی قضایای مربوط به جزای عمومی توسط دیوان جزای عمومی. ۲- رسیدگی به دعوی مدنی بین اشخاص حقیقی و اشخاص حکمی، توسط دیوان مدنی. ۳- رسیدگی قضایای مدنی متنازع فیه بین اشخاص حقیقی و دولت یا بین اشخاص حکمی و دولت، توسط دیوان حقوق عامه. ۴- رسیدگی قضایای جزائی مربوط به امنیت و منفعت عامه، قاچاق مواد مخدر و سایر جرایم مطابق احکام قانون، توسط دیوان امنیت عامه. ۵- رسیدگی قضایای جزائی مربوط به حادثات ترافیکی، توسط دیوان جرایم ترافیکی.»

۲) محکمه ابتدائیه تجارتي: ماده ۶۵ ق. ت. ص. ق در مورد تشکیل محکمه ابتدائیه تجارتي تصریح می نماید: «در مرکز هر ولایت محکمه ابتدائیه تجارتي عندالضرورت ایجاد می گردد که مرکب از رئیس و چهار عضو می باشد. در مراکز ولایاتی که محکمه ابتدائیه تجارتي موجود نباشد، رسیدگی به قضایای تجارتي از صلاحیت دیوان مدنی محکمه ابتدائیه شهری می باشد.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که: محاکم تجارتي باید در مرکز هر ولایت تأسیس گردند. این محاکم باید متشکل از یک رئیس و چهار عضو دیوان باشند. در صورتی که یک محکمه تجارتي هنوز در یک ولایت خاص تأسیس نشده باشد، دیوان مدنی از محکمه ابتدائیه ذیربط مرکز ولایت صلاحیت رسیدگی به قضایای تجارتي را دارد.

۳) محکمه ابتدائیه احوال شخصیه: ماده ۶۶ ق. ت. ص. ق در مورد محکمه ابتدائیه احوال شخصیه حکم می نماید: «در مرکز هر ولایت، محکمه ابتدائیه احوال شخصیه (امور خانواده) عندالافتضاء ایجاد می گردد که مرکب از رئیس و دو عضو می باشد. در مراکز ولایاتی که محکمه ابتدائیه احوال شخصیه ایجاد نشده باشد، رسیدگی قضایای احوال شخصیه از صلاحیت دیوان مدنی محکمه ابتدائیه شهری آن می باشد.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که: محاکم ابتدائیه احوال شخصیه باید در مرکز هر ولایت تأسیس گردند. این محاکم باید متشکل از یک رئیس و دو عضو دیوان باشند. در صورتی که یک محکمه ابتدائیه احوال شخصیه هنوز در یک ولایت خاص تأسیس نشده باشد، دیوان مدنی از محکمه ابتدائیه ذیربط مرکز ولایت صلاحیت رسیدگی به قضایای تجارتي را دارد.

۴) محکمه ابتدائیه اطفال: ماده ۶۷ ق. ت. ص. ق در مورد تشکیل محکمه ابتدائیه اطفال تصریح می نماید: «(۱) در مرکز هر ولایت محکمه ابتدائیه اطفال ایجاد می گردد که مرکب از رئیس و سه عضو می باشد. در ولایاتی که حجم کار زیاد باشد، اعضای بیشتر بر طبق ضرورت توظیف شده می توانند؛ (۲) در صورت غیابت رئیس وظایف وصلاحیت های وی به یکی از اعضای که دارای سابقه بیشتر قضائی باشد، تفویض می گردد؛ (۳) در مراکز ولایاتی که محکمه اطفال ایجاد نشده باشد، رسیدگی به تخلفات اطفال توسط دیوان جزای عمومی محکمه ابتدائیه شهری مرکز ولایت و در ولسوالی ها، توسط محاکم ولسوالی صورت می گیرد؛ (۴) در صورتی که عضو محکمه اطفال کمبود یا غایب باشد، رئیس محکمه استیناف ولایت مربوط یک عضو قضائی ریاست محکمه استیناف را به منظور تکمیل نصاب به محکمه اطفال طور مؤقت توظیف می نماید؛ (۵) رسیدگی به تخلفات اطفال طبق احکام قانون مربوط صورت می گیرد.»

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که در افغانستان محاکم به طور کلی به سه دسته تقسیم می شوند: محاکمه عادی، محاکم خاص و محاکم اختصاصی:

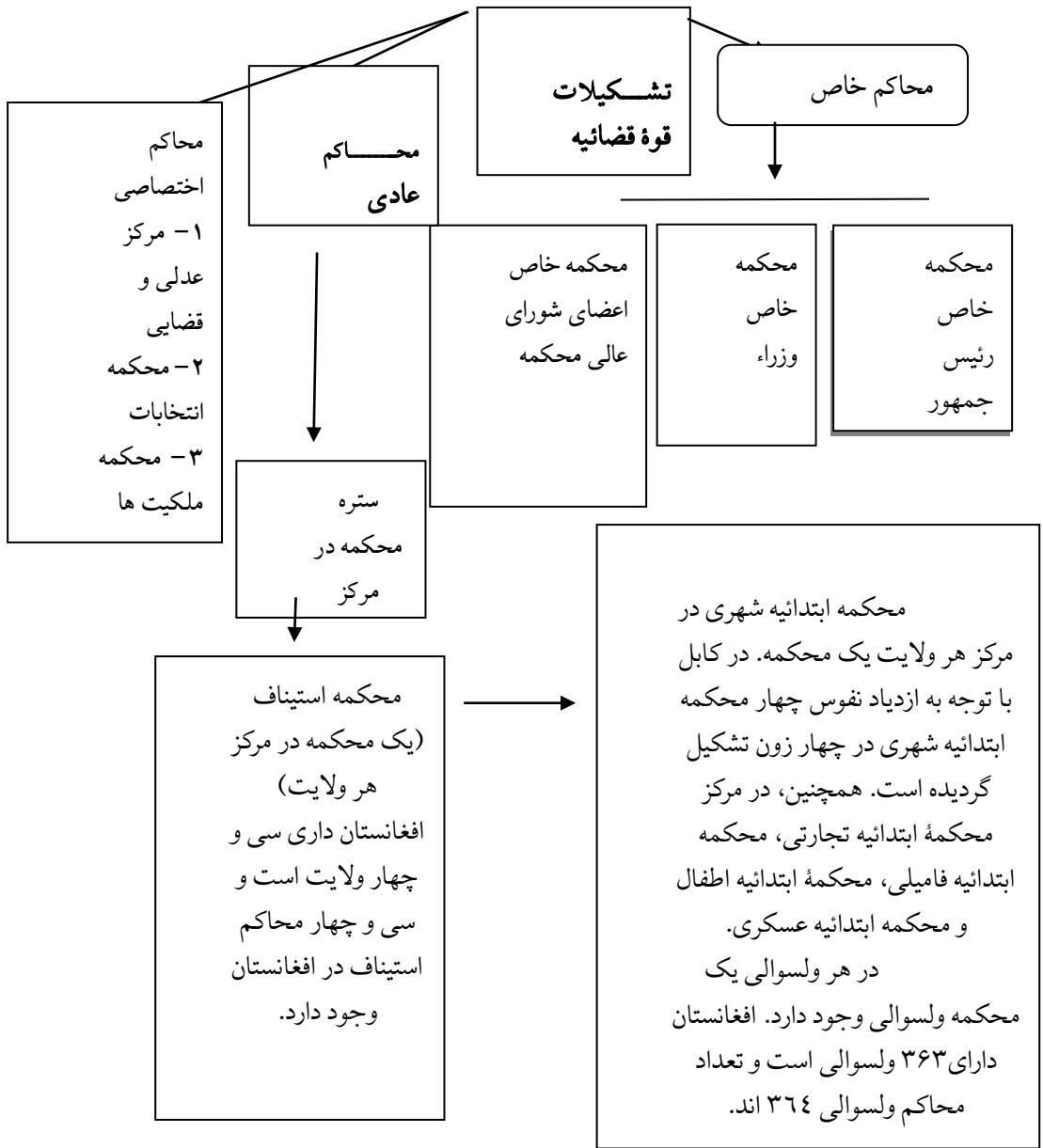
۱) محاکم عادی: محاکم عادی محاکمی اند که به طور عادی وجود دارند. محاکم عادی تشکیل اصلی و دایمی قوه قضائیه را تشکیل می دهد. محاکم عادی طبق ماده ۱۱۶ ق. ا: «[...] قوه قضائیه مرکب است از یک ستره محکمه، محاکم استیناف و محاکم ابتدائیه که تشکیلات و صلاحیت آنها توسط قانون تنظیم می گردد.[...]». از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که قوه قضائیه مرکب است از یک ستره محکمه، محاکم استیناف و محاکم ابتدائیه. در مورد ترکیب قوه قضائیه ماده ۵ ق. ت. ص. ق تصریح می نماید: «(۱) قوه قضائیه مرکب از ستره محکمه، محاکم استیناف و محاکم ابتدائیه می باشد؛ (۲) مقرر ستره محکمه در شهر کابل، مقرر محاکم استیناف در مراکز ولایات و مقرر محاکم ابتدائیه در مراکز شهرها و ولسوالی ها قرار دارد؛ (۳) ستره محکمه در صورت لزوم می تواند مقرر محاکم را از محل اصلی آن به محل دیگری انتقال دهد؛ (۴) محاکم سیار در صورت ضرورت به پیشنهاد ستره محکمه و منظوری رئیس جمهور ایجاد شده می تواند.»

در چهارچوب محاکم عادی، محاکم وثایق هم مطابق ماده ۵۵ قانون تشکیلات قوه قضائیه وجود دارد. در کابل، محکمه ابتدائیه شهری به چهار زون تقسیم شده است. هر زون یک محکمه ابتدائیه شهری دارد. علاوه براین، در هر زون یک محکمه وثایق وجود دارد. هر محکمه یک رئیس، دو عضو، دو محرر و دو مأمور دارد. در مرکز هر ولایت، یک آمریت وثایق وجود دارد که تحت نظر محکمه استیناف کار می نماید. در ولسوالی، محکمه ابتدائیه مدنی کار وثایق را نیز انجام می دهد.

بخش سوم: نهادهای های حقوقی: دولت

(۲) محاکم خاص: محاکم خاص طبق قانون اساسی محکمه خاص رئیس جمهور، محکمه خاص وزرا و محکمه خاص اعضای شورای عالی ستره محکمه بود.

(۳) محکمه اختصاصی: محکمه اختصاصی محاکمی بود که در حالات خاص توسط دولت و ستره محکمه ایجاد می شد مانند مرکز عدلی و قضایی، محکمه انتخابات، محکمه ملکیت ها و نظیر اینها.



فصل سوم: سایر نهاد های حقوقی

طبق قوانین افغانستان سایر نهادی های حقوقی قرار ذیل اند:

مبحث اول) لوی څارنوالی

لوی څارنوالی قبل از سال ۱۳۸۲ وجود داشت. ۷۳۵ زمانی که قانون اساسی ۱۳۸۲ نافذ شد، ماده ۱۳۴ آن به لوی څارنوالی اختصاص یافت. این ماده می گفت: «کشف جرایم، توسط پولیس و تحقیق جرایم و اقامه دعوی علیه متهم در محکمه از طرف څارنوالی مطابق به احکام قانون صورت می گیرد. څارنوالی جزء قوه اجرائیه و در اجراءات خود مستقل می باشد. تشکیل، صلاحیت و طرز فعالیت څارنوالی توسط قانون تنظیم می گردد. کشف و تحقیق جرایم وظیفه ای منسوبین قوای مسلح، پلیس و موظفین امنیت ملی، توسط قانون خاص تنظیم می گردد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

(۱) کشف جرم توسط پولیس صورت می گرفت. به حیث مثال، اگر احمد حمیده را به قتل برساند، قتل جرم است و وظیفه پولیس این است که مطابق قانون این جرم را کشف نماید.

(۲) تحقیق جرایم و اقامه دعوا علیه متهم در محکمه از طرف څارنوالی مطابق به احکام قانون صورت می گیرد. به حیث مثال، در مثال بالا، وظیفه لوی څارنوالی این است که در خصوص قتل تحقیق نماید و علیه احمد متهم در محکمه مطابق احکام قانون اقامه دعوی نماید.

(۳) څارنوالی جزء قوه اجرائیه و در اجراءات خود مستقل می باشد.

(۴) تشکیل، صلاحیت و طرز فعالیت څارنوالی توسط قانون تنظیم می گردد. قانونگذار اساسی مسایل مربوط به تشکیل و صلاحیت و طرز فعالیت لوی څارنوالی را به قانون عادی واگذار نموده است. قانون عادی مربوطه قانون تشکیلات و صلاحیت لوی څارنوالی (۱۳۹۲). ۱۱۱۷ جریده رسمی است. در خصوص تشکیل لوی څارنوالی خوانندگان می توانند به وب سایت لوی څارنوالی به دلیل بازنگری تشکیل لوی څارنوالی هر سال مراجعه نمایند. ۷۳۶

(۵) کشف و تحقیق جرایم وظیفه ای منسوبین قوای مسلح، پلیس و موظفین امنیت ملی، توسط قانون خاص تنظیم می گردد. قانونگذار اساسی مسایل مربوط به کشف و تحقیق جرایم منسوبین قوای مسلح (اردو)، پولیس و امنیت ملی را به قانون عادی واگذار نموده است. منسوبین اردو، پولیس و امنیت ملی از نظر ماهوی و شکلی تابع قوانین خاص نظامی اند. بنابراین، جرایم منسوبین اردو، پولیس و امنیت ملی از

۷۳۵. لوی څارنوالی جمهوری اسلامی افغانستان، ۷ اسد، ۱۳۹۹ ش

۷۳۶. لوی څارنوالی جمهوری اسلامی افغانستان، ۷ اسد، ۱۳۹۹ ش

نظر ماهوی و شکلی تابع قوانین خاص نظامی تابع کُد جزایی و سایر قوانین جزایی ملکی و اصول محاکمات جزایی نیست بلکه محاکم نظامی، قوانین جزایی ماهوی نظامی و قوانین شکلی نظامی مسایل مربوط به جرایم منسوبین نظامی را تنظیم می نماید مانند قانون جرایم عسکری و نظیر آن. برای این که منحصاً خرنوال ایفای وظیفه کرد، متقاضی باید فارغ دانشکده حقوق یا شرعیات باشد و برای مدت یک سال کورس ستاژ خرنوالی را بخواند. این کورس بعدی از قبول درخواست توسط مقامات مربوطه توسط اداره مربوطه لوی خرنوالی دایر می شود.

مبحث دوم) انجمن مستقل وکلای مدافع

بعد از ظهور اسلام الی سال ۱۳۳۶ وکالت در افغانستان طبق شریعت اسلامی به خصوص مذهب حنفیه و مجله الاحکام صورت می پذیرفت. اما، در سال ۱۳۳۶ وزارت عدلیه وقت تعلیمات نامه وکالت دعوی را تسوید نمود و این تعلیمات نامه به تاریخ ۲۱ ثور نافذ شد. سپس، در سال ۱۳۴۳ قانون امور تنظیم مدافعیین وضع و نافذ شد. متعاقباً همین قانون با تبدیل کلمه دولت به امارت و تزئید و تنقیص بعضی جملات به عین نام (قانون تنظیم امور وکلای مدافع) نشر شد.^{۷۳۷}

در سال ۱۳۵۵ ق. م احکام معین را با اقتباس از فقه حنفیه و مجله الاحکام در مورد وکالت وضع کرد. اما، بعد از وضع و تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان تحول مفید در ساحه وکالت در افغانستان به وقوع پیوست. در ق. ا برای اولین بار ایجاد انجمن مستقل وکلای مدافع پیش بینی گردید. ماده ۳۱ ق. ا در این زمینه می گفت: «هر شخص می تواند برای دفع اتهام به مجرد گرفتاری و یا برای اثبات حق خود، وکیل مدافع تعیین کند. متهم حق دارد به مجرد گرفتاری، از اتهام منسوب اطلاع یابد و در داخل میعاد که قانون تعیین می کند، در محکمه حاضر گردد. دولت در قضایای جنایی برای متهم بی بضاعت وکیل مدافع تعیین می نماید. محریمیت مکالمات، مراسلات و مخابرات بین متهم و وکیل آن، از هر نوع تعرض مضمون می باشد. وظایف و صلاحیت های وکلای مدافع توسط قانون تنظیم می گردد.»

در روشنایی نص این ماده در سال ۱۳۸۶ ذریعه فرمان ۱۱۱ مورخ ۱۳۸۷/۹/۴ حامد کرزی رئیس جمهور، جمهوری اسلامی افغانستان قانون وکلای مدافع در پنج فصل و ۴۴ ماده توشیح گردید و وزارت عدلیه موظف شد تا در خلال سه ماه بعد از انفاذ قانون تدابیر لازم را به منظور ایجاد انجمن مستقل وکلای مدافع اتخاذ نماید. در نتیجه، مجمع عمومی انجمن به تاریخ ۶ اسد ۱۳۸۷ توسط وکلای مدافع سرتاسر کشور در هوتل انترکانتیننتل دایر و دو روز اول اساسنامه انجمن تصویب در دو روز دوم اعضای

۷۳۷. انجمن مستقل وکلای مدافع، ۷ اسد، ۱۳۹۹ ش

شورای رهبری هیأت اجرائیه و هیأت نظارت به شکل آزاد، سری و مستقیم انتخاب گردیدند و انجمن منحیث یک نهاد مستقل غیر سیاسی و غیر حکومتی شروع به فعالیت نمود.

انجمن مستقل وکلای مدافع یک انجمن مسلکی بوده که تمام امور مسلکی و اداری وکلای مدافع را تنظیم می نماید. این امور شامل صدور جوازنامه برای وکلای مدافع واجد شرایط، ایجاد پروگرام های آموزشی موثر جهت ارتقای سطح دانش مسلکی وکلای مدافع، حفظ و دفاع از استقلالیت وکلای مدافع و منافع صنفی آنها، نظارت بر چگونگی فعالیت وکلای مدافع، و غیره می باشد. برعلاوه، انجمن مستقل وکلای مدافع نقش مهمی را در تأمین حاکمیت قانون، عدالت اجتماعی، حقوق بشر و رعایت آزادی های شناخته شده اتباع بازی می نماید.

طبق ماده ۲ اساسنامه انجمن وکلای مدافع، انجمن مستقل وکلای مدافع به منظور تحقق اهداف ذیل فعالیت می نماید:

- ۱- حمایت از تطبیق احکام دین مقدس اسلام حاکمیت قانون و عدالت؛
- ۲- دفاع از حقوق بشر و مبارزه علیه هر نوع تبعیض و امتیاز جنسی، نژادی، زبانی، رنگ، منشأ اجتماعی و قومی، میزان دارایی، معلولیت و امثال آن؛
- ۳- رعایت حقوق و آزادی های شناخته شده اتباع در مراجع حقوقی و عدلی؛
- ۴- مساعد ساختن زمینه دسترسی به عدالت در محاکم و مراجع کشف و تحقیق از طریق عرضه خدمات حقوقی مناسب و معیاری؛
- ۵- توزیع جواز وکالت دفاع به اشخاصی که شرایط مندرج قانون وکلای مدافع و این اساسنامه را تکمیل نموده باشند؛
- ۶- ایجاد کورس های آموزشی و تطبیق پروگرام های موثر جهت ارتقای سطح دانش مسلکی وکلای مدافع بارعایت معیار های ملی و بین المللی؛
- ۷- حفظ و دفاع از استقلالیت وکلای مدافع و منافع صنفی آنها؛
- ۸- رعایت معیار های اخلاقی و مسلکی از طرف اعضاء و تشویق آنها به رفتار مناسب با مؤکلین؛
- ۹- تشویق وکلای مدافع بخاطر حفظ حیثیت ووقار مسلکی، جلب اعتماد مؤکلین و مبارزه با هر نوع فساد اداری؛
- ۱۰- مساعد ساختن زمینه خدمات حقوقی برای متقاضیان در موضوعات جزائی، مدنی، و تجارتي؛
- ۱۱- نظارت بر فعالیت مسلکی وکلای مدافع؛
- ۱۲- انسجام فعالیت وکلای مدافع، حمایت و دفاع از حقوق آنها؛
- ۱۳- تأمین خدمات حقوقی رایگان به مظنونین و متهمین بی بضاعت مطابق احکام قانون؛
- ۱۴- تلاش جهت ارائه آگاهی حقوقی عامه با استفاده از طرق و وسایل مختلف؛ و
- ۱۵- تشریک مساعی میان انجمن و سایر مراجع کشفی عدلی و قضایی.

ماده ۳ اساسنامه انجمن مستقل وکلای مدافع در مورد استقلالیت انجمن تصریح می نماید که: « انجمن مستقل وکلای مدافع افغانستان نهاد مستقل، غیر دولتی و غیر سیاسی بوده، منحیث ممثل وکلای مدافع در راه تحقق اهداف مندرج این اساسنامه، مطابق احکام قانون اساسی، قانون وکلای مدافع و سایر اسناد تقنینی فعالیت می نماید.» قانون وکلای مدافع نیز به صراحت در ماده چهارم خویش بیان می دارد که انجمن وکلای مدافع یک نهاد مستقل و غیر دولتی می باشد. اما چگونه در عمل این انجمن مستقل بوده می تواند؟

۱- انجمن وکلای مدافع به خاطر حفظ استقلال خویش باید امور مربوط به انجمن را خود تنظیم نموده و رهبری انجمن خویش را انتخاب نماید. ماده ۴ قانون وکلای مدافع صریحاً بیان می دارد که تشکیلات انجمن، طرزاعمال، شرایط عضویت، طرز سلوک و رفتار و سایر امورات مربوط به انجمن توسط اساسنامه تنظیم می گردد. قانون وکلای مدافع حکم می نماید که اساسنامه باید از طرف مجمع عمومی انجمن تصویب گردد. بر علاوه، مقام رهبری انجمن توسط اعضای انجمن انتخاب می گردد. بنابراین، این انجمن توسط مقررات و طرزاعمال های خویش تصمیم اتخاذ می نمایند.

۲- مطابق ماده ششم و هشتم قانون وکلای مدافع، تنظیم اسناد و شرایط لازم جهت اخذ جواز نامه برای وکلای مدافع از جمله امور مربوط به انجمن است. دفتر ثبت نام از وزارت عدلیه به انجمن وکلای مدافع منتقل گردیده است.

۳- فصل پنجم قانون وکلای مدافع تصریح می دارد که شکایات برعلیه وکیل مدافع باید مستقیماً به انجمن وکلای مدافع ارایه گردد تا در زمینه از طرف انجمن، تحقیقات صورت گرفته و در صورت لزوم وکیل مدافع مجازات گردد. بنابراین انجمن اعضای خویش را مطابق طرز سلوک و رفتار انجمن تنظیم می نماید.

۴- الزامی بودن اخذ جواز نامه از انجمن مستقل وکلای مدافع برای آن عده افراد که می خواهند به حیث وکیل مدافع ایفای وظیفه نمایند. ماده ششم قانون وکلای مدافع شرایط دخول جهت ایفای وظیفه به حیث وکیل مدافع را بیان داشته که این شامل فرا گرفتن آموزش حقوقی و دیگر شرایط لازم به منظور اخذ شهادت نامه که توسط اساسنامه داخلی انجمن صورت می گیرد، می باشد. این امر در واقع شرایط دخول به شغل وکالت را تنها برای آن عده وکلایی که واجد شرایط و شایستگی ایفای وظیفه در مسلک را دارا باشند تأمین نموده که این خود مسلک حقوق را تقویه و اعتماد مردم نسبت به آن را بیشتر می نماید. همچنین ماده هشتم این قانون تصریح می دارد که انجمن جواز وکالت را برای کسانی که مطابق شرایط لازم باشند اعطاء می نماید. بنابراین وکلای مدافع مکلف اند تا شرایط لازم اخذ جوازنامه انجمن را دارا بوده، ثبت و جواز وکالت را دریافت کنند تا به اساس آن بتوانند به حیث وکیل مدافع در افغانستان ایفای وظیفه نمایند.

قانون وکلای مدافع بیان می دارد که اعضای انجمن، مکلف به پرداخت حق الزحمه جواز وکالت و همچنین حق العضویت خویش از مقدار فیصدی درآمد سالانه که توسط مجمع عمومی انجمن تصویب شده است می باشد. انجمن نیز می تواند عوایدی را از محل فروش نشریات و همچنین حق الزحمه از تحقیقات و پروگرام های آموزشی نیز به دست آورد.^{۷۳۸}

در دوره جمهوری انجمن مستقل وکلای مدافع، مستقل بود. اما، با روی کار آمدن حکومت طالبان، حکومت طالبان آن را مانند دور اول، با وزارت عدلیه مدغم کردند. در حال حاضر، امور مربوط به وکلای مدافع را وزارت عدلیه عهده دار است.

مبحث سوم) کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی

زیرا، در موافقتنامه بن که تقریباً شبیه قانون اساسی کشور جدید التأسیس بود، به چند مسأله اصلی پرداخته شد که عبارت بودند از: ۱- ساختار سیاسی اداره مؤقت و انتقالی افغانستان؛ ۲- چهارچوب حقوقی و نظام عدلی و قضایی؛ ۳- پیش بینی کمیسیون هایی در مورد موضوعات مهم؛ و ۴- نقش و وظایف سازمان ملل متحد.^{۷۳۹}

این کمیسیون ها عبارت بودند از: کمیسیون مستقل ویژه برای تشکیل لویه جرگه اضطراری، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، کمیسیون مستقل اصلاحات اداری، کمیسیون بازسازی اصلاحات عدلی و قضایی و کمیسیون تدوین قانون اساسی.^{۷۴۰} زمانی که ق. ا تدوین می شد سعی شد نام کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی مانند کمیسیون مستقل حقوق بشر و کمیسیون مستقل انتخابات در ق. ا ذکر شود، اما این نظر مورد تأیید نویسندگان ق. ا قرار نگرفت و در نتیجه ماده ۵۰ ق. ا را به گونه که امروزه در ق. ا تسجیل شده است تدوین نمودند. اگر ماده ۵۰ ق. ا را تفسیر لفظی و موسع نماییم به نظر می رسد ماده ۵۰ ق. ا می تواند مبنای برای هر تدبیر دولت برای آوردن اصلاحات در سیستم اداری کشور گردد.

۲) مطابق بند ۲ ماده ۵۰ ق. ا ادارات مکلف اند اجراءات خود را با بیطرفی کامل و مطابق به احکام قانون عملی سازند. در نص این ماده یکی از اصول حقوق عامه به ویژه حقوق اداری که اصل بی طرفی اداره است پیش بینی شده است. طبق این اصل که شبیه اصل بی طرفی محاکم و قضات است تمام ادارات باید وظایف خویش را بی طرفانه انجام دهند. اداره شخصیت حکمی عامه است و اراده ادارات توسط شخصیت های حقیقی که همان کارمندان اند تمثیل می شود.

۷۳۸. انجمن مستقل وکلای مدافع، ۷ اسد، ۱۳۹۹ ش

http://www.aiba.af/dari/More_index.php

۷۳۹. ____ (حوت ۱۳۸۲). قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح، جلد (۱)، کابل: دارالانشای قانون اساسی، صص ۲۴ و ۲۳.

۷۴۰. در باره این کمیسیون هار. ک: همان، (____)، صص ۲۲۰-۲۲۲.

بنابراین، مقامات و کارمندان ادارات باید در اجراءات خویش بی طرف باشند. بی طرفی در مفهوم عدم جانبداری از یک جریان سیاسی و مقام است. لذا، در نظام های دموکراتیک طرفداران حزب برنده در اجراءات خویش در ادارت باید بی طرفی را نسبت به طرفداران حزب بازنده و اتباع رعایت نمایند. بی طرفی مأمور به دو دسته تقسیم می شود: بی طرفی عینی^{۷۴۱} و بی طرفی ذهنی^{۷۴۲}. بی طرفی عینی این است که مأمورین عملی را انجام ندهند که بیانگر حمایت آنها از یک جریان و گروه باشد. بی طرفی عینی معمولاً قابل اثبات و احراز است. معمولاً در قوانین اجراءات اداری و سایر قوانین اداری و اساسی کشورها در این زمینه تدابیر و تمهیداتی پیش بینی می شود، مانند: بی طرفی در تصمیم گیری، برخورد با مراجعین، استخدام، اجراءات، قرارداد اداری، رسیدگی به شکایات و سایر موارد مشابه. بی طرفی ذهنی به این مفهوم است که مأمور ذهناً از یک جریان و گروه جانبداری ننماید. مشکل عمده در بی طرفی ذهنی است زیرا حقوق ابزار کاوش ذهنی افراد را در اختیار ندارد. بنابراین، در قوانین و مقررات باید بیشتر مصداق های بی طرفی عینی پیش بینی شود.

۳) مطابق بند سوم ماده ۵۰ ق. ۱ اتباع افغانستان حق دسترسی به اطلاعات از ادارات دولتی را در حدود احکام قانون دارا می باشند.

۴) اتباع افغانستان حق دارند بر اساس اهلیت و بدون هیچ گونه تبعیض و به موجب احکام قانون به خدمت دولت پذیرفته شوند. در روشنایی این ماده، قانون خدمات ملکی منتشره جریده رسمی شماره ۸۶۱ مؤرخ ۱۴/۶/۱۳۸۴ و قانون کارکنان خدمات ملکی منتشره جریده رسمی شماره ۹۵۱ مؤرخ ۱۶/۴/۱۳۸۷ وضع و نافذ گردیده است که تشکیل و صلاحیت کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی و نحوه استخدام در اداره خدمات ملکی را تنظیم می نماید. دلیل این قاعده این است که کارمندان یکی از ارکان مهم اداره خدمات ملکی افغانستان اند. کارمندان ادارات خدمات ملکی یا قراردادی اند یا کارکنان دائمی. کارکنان قراردادی مطابق قانون کار و براساس قرارداد کار استخدام می شوند. کارکنان دائمی براساس رقابت از طریق کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی.

کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی براساس فرمان شماره ۲۵۷ اداره مؤقت به تاریخ ۲/۳/۱۳۸۱ ایجاد شد. در این فرمان به طور کلی تشکیل و وظایف کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی تنظیم گردید. همچنین، در این فرمان پیش بینی شد که کمیسیون دارای نه عضو است.

741. Objective.

742. Subjective.

بر بنیاد حکم ماده دوم فرمان شماره ۲۵، ۲۰ جوزای ۱۳۸۲ رییس دولت انتقالی اسلامی افغانستان، نام کمیسیون مستقل اداره ملکی، به «کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی» تغییر یافت و به همین تاریخ، این کمیسیون عملاً به کار آغاز کرد. بر بنیاد حکم ماده اول این فرمان، طرح، تنظیم، رهبری و تطبیق برنامه سراسری اصلاحات، و بر بنیاد حکم ماده سوم این فرمان، موضوعاتی چون تشخیص، انتخاب و پیشنهاد تقرر مأموران عالی رتبه ملکی، بررسی و تأیید پیشنهادهای اداره های ملکی، نظارت از تعیینات مأمورین پایین رتبه و بررسی عرایض و شکایات های مأمورین ملکی درباره استخدام، از وظایف کمیسیون اصلاحات اداری و خدمات ملی شمرده می شوند. بر اساس حکم ماده ششم فرمان یادشده، وزارت ها و اداره های دولتی موظف اند تا از تصامیم این کمیسیون پی روی کنند.

سپس، در جریان سال ۱۳۸۲ مقرر تنظیم اجراءات کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی منتشره جریده رسمی شماره ۸۱۰ نافذ شد. زمانی قانون اساسی ۱۳۸۲ تدوین شد، ماده ۵۰ آن به مسایل مربوط به اصلاحات اداری را تنظیم نمود. سپس، قانون خدمات ملکی به تاریخ ۱۳۸۴ نافذ و در جریه رسمی ۸۶۱ نشر گردید. با این انفاذ این قانون، فرمان شماره ۲۵۷ اداره مؤقت به تاریخ ۱۳۸۱/۳/۲ نافذ گردیده بود، ملغی شد (ماده ۳۰ قانون خدمات ملکی). همچنین، با انفاذ این قانون، مقرر تنظیم و اجراءات کمیسیون مستقل اصلاحات اداری ملغی شد. نام این قانون گمراه کننده است و معرف محتوی آن نیست.

قابل توصیه نام این قانون به قانون تشکیل و صلاحیت کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی تغییر یابد. زیرا، این قانون تشکیل و صلاحیت های کمیسیون مستقل اصلاحات اداری را تنظیم می نماید. براساس ماده ۵ این قانون کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی، متشکل از نه کمیشنر است که برای مدت سه سال توسط رئیس جمهور تعیین و یک تن از آنان از سوی رییس جمهور به حیث رییس کمیسیون گماشته می شود. رئیس کمیسیون پنج تن از اعضای این کمیسیون را به برد تعیینات و سه تن را به برد رسیدگی به شکایات توظیف می نماید. طبق ماده ۶ قانون خدمات ملکی کمیسیون دارای سه ریاست عمومی و دو برد است:

(۱) برد تعیینات خدمات ملکی: طبق ماده ۱۴ قانون خدمات ملکی برد تعیینات خدمات ملکی به منظور استخدام کارکنان عالی رتبه دولت متکی بر معیارهای اهلیت و شایستگی، نظارت از تعیینات کارکنان پایین رتب و برنامه های اصلاحات در نهادهای خدمات ملکی و نیز همکاری با نهادهای خدمات ملکی برای ایجاد اداره سالم، فعالیت می کند.

(۲) برد رسیدگی به شکایات های خدمات ملکی: طبق ماده ۱۸ قانون خدمات ملکی این برد در راستای رسیدگی به شکایات های کارکنان خدمات ملکی ناشی از مؤیدات تادیبی غیرموجه، هدایات و اوامر غیرقانونی، تخطی از احکام مندرج مقرر طرز سلوک، عدم دسترسی به سوانح

شخصی، امتناع از پذیرش درخواست‌ها بدون دلایل معقول، برخورد‌های تبعیض‌آمیز از سوی بورد تعیینات خدمات ملکی، کمیته‌های استخدام در وزارت‌ها و سایر شکایت‌های موجه کارکنان خدمات ملکی، کار می‌کند.

۳) ریاست عمومی دارالانشاء: طبق ماده ۲۱ قانون خدمات ملکی این ریاست در امور اجرایی، مالی و اداری کمیسیون، طبق لایحه مربوط، زیر نظر رییس کمیسیون فعالیت می‌کند و همچنین جریان تطبیق برنامه‌ها، پروژه‌ها و فعالیت‌های اصلاحات اداری را ارزیابی و نظارت می‌کند و گزارش آن را به رییس کمیسیون ارائه می‌کند.

۴) ریاست عمومی اداره خدمات ملکی: طبق ماده ۱۱ قانون خدمات ملکی این ریاست به هدف اداره، تنظیم و عرضه خدمات دولتی، طرح و ترتیب قوانین، فرمان‌ها، مقرره‌ها و پالیسی‌های ملکی، رایه مشوره‌های مسلکی و نظارت از تطبیق پالیسی‌ها، ایجاد شده است.

۵) ریاست عمومی انستیتوت خدمات ملکی: انستیتوت خدمات ملکی یک نهاد آموزشی و اکادیمیک است که به منظور بلند بردن ظرفیت کارکنان خدمات ملکی و فارغان پوهنتون‌ها فعالیت می‌کند. هم‌چنان این نهاد به منظور برنامه‌ریزی استراتژیک و عملیاتی، طرح و ترتیب پالیسی‌ها، استراتژی‌ها و رهنمودهای آموزشی در راستای ارتقای ظرفیت کارکنان خدمات ملکی، در مطابقت با اهداف استراتژیک کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی، فعالیت می‌کند.^{۷۴۳}

با روی کار آمدن حکومت طالبان، حکومت طالبان با آوردن برخی تغییرات در تشکیل این کمیسیون، این کمیسیون را ابقاء کردند.

پایان

۷۴۳. برای تفصیل ساختار تشکیلاتی این کمیسیون نک: کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی، ۹ میزان، ۱۳۹۹

ش

فهرست منابع

الف) دری:

اول: در فقه

۱. بصیرت، عبدالولی (۱۳۸۷). رهن از نظر مذهب حنفی و قانون مدنی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات ریاست نشرات اکادمی علوم افغانستان.
۲. دریز، غلام محی الدین (۱۳۸۳). اساسات حقوق اسلام، کابل: انتشارات سعید.
۳. زرقاء، مصطفی (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند.
۴. زیدان، عبدالکریم (۱۳۸۷). حقوق و تکالیف زن در اسلام، مترجم: سهیلا رستمی، چاپ اول، تهران: نشر احسان.
۵. زیدان، عبدالکریم (۱۳۸۸). اصول فقه، مترجم: ابو عاصم عبدالناصر زاهدی درواری، چاپ اول، کابل: انتشارات رسالت.
۶. ژوبل، محمد عثمان (۱۳۸۵). مجله الاحکام، کابل: نشر پروژه عدلی و قضایی اداره انکشافی ایالات متحده امریکا.
۷. محمسانی، صبحی رجب (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه اسماعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه.
۸. نذیر، داد محمد (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل، افغانستان: مطبعه نعمانی.

دوم: در حقوق

۹. آراسته، حسین و دیگران (۱۳۸۹). در باره علم حقوق، چاپ اول، تهران: نشر کتاب.
۱۰. اباذری فومشی، منصور (۱۳۸۷). حقوق کار و نحوه عملی رسیدگی به شکایات، دعاوی و جرایم در قانون کار، چاپ دوم، تهران: انتشارات خُرسندی.
۱۱. ابراهیمی، سید نصرالله (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

۱۲. احمد السنهوری، عبدالرزاق (۱۳۸۲). دوره حقوق تعهدات (۳). مترجمان: سید مهدی دادمرزی و محمد حسین دانش کیا، چاپ اول (—)، نشر سپهر.
۱۳. احمدی، هاشم (۱۳۹۰). اصول محاکمات مدنی، چاپ اول، کابل: انتشارات مقصودی.
۱۴. استوار سنگری، کورش (۱۳۹۰). حقوق تأمین اجتماعی، چاپ سوم، تهران: نشر میزان.
۱۵. افتخاری، جواد (۱۳۸۲). حقوق مدنی (۳) کلیات عقود و حقوق تعهدات، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان.
۱۶. امامی، سید حسن (۱۳۷۷). حقوق مدنی، (6) جلد، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة.
۱۷. امامی، محمد (۱۳۸۷). مالیه عمومی، چاپ دوم، ایران: انتشارات میزان.
۱۸. امامی، محمد و استوار سنگری، کورش (۱۳۸۷). حقوق اداری (۱)، چاپ دوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۱۹. انصاری، ولی الله (۱۳۹۰). کلیات حقوق قراردادهای اداری، چاپ پنجم، تهران: نشر حقوقدان.
۲۰. بادینی، حسن (۱۳۹۲). فلسفه مسؤلیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۱. بیگزاده، صفر (۱۳۸۷). شیوه نگارش قانون، چاپ دوم، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی.
۲۲. توحید خانه، محمد صدر (۱۳۸۹). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق جزای عمومی افغانستان، چاپ دوم، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.
۲۳. پیغفر، جولیا (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق بین الملل عمومی در افغانستان، مترجم: نظام الدین عبدالله، چاپ اول، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.
۲۴. جاوید، دین محمد و ولولاجی، اسدالله (۱۳۸۱). لویه جرگه اضطراری، جلد (۱)، کابل: کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان.
۲۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۷). تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
۲۶. دانش، سرور (۱۳۸۹). حقوق اساسی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات دانشگاه ابن سینا.
۲۷. داوید، رنه و ژوفره اسپینوزی، کامی (۱۳۸۱). دو نظام بزرگ حقوقی، مترجم: سید حسین صفایی، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان.
۲۸. رسولی، محمد اشرف (۱۳۸۹). نقد و تحلیل قانون اساسی افغانستان، جلد (۱)، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
۲۹. زارعی، محمد حسین (۱۳۸۴). مطالعه تطبیقی مجالس قانونگذاری، چاپ اول، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی.
۳۰. زولر، الیزابت (۱۳۸۹). درآمدی بر حقوق عمومی، مترجم: سید مجتبی واعظی، چاپ اول، تهران: انتشارات جاویدانه جنگل.
۳۱. ژوبل، محمد عثمان (۱۳۶۹). اقرار در حقوق مدنی افغانستان، (۴) جلد، کابل: انتشارات ستره محکمه.
۳۲. ژوبل، محمد عثمان (۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی رؤسای محاکم، ۱۲-۱۷ عقرب، چاپ اول، کابل: انتشارات قضاء- ارگان نشراتی ستره محکمه.
۳۳. ساکت، محمد حسین (۱۳۸۰). حقوق شناسی، چاپ اول، تهران: نشر ثالث.
۳۴. ساکت، محمد حسین (۱۳۸۶). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ سوم، نشر انتشارات جنگل.
۳۵. سلجوقی، محمود (۱۳۷۷). بایسته های حقوق بین الملل خصوصی، تهران: نشر میزان.
۳۶. شمس، شمس الرحمن و همکاران (۲۰۰۸). اصول محاکمات تجارتي، چاپ اول، کابل: پروژه عدلی و قضایی اداره انكشافی ایالات متحده امریکا.

۳۷. شهیدی، مهدی (۱۳۸۴) تشکیل قراردادهای و تعهدات، چاپ چهارم، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۳۸. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۳). حقوق تجارت بین الملل، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت).
۳۹. صالح، علی پاشا (۱۳۴۸). سرگذشت قانون، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
۴۰. صانعی، پرویز (۱۳۸۱). حقوق و اجتماع، چاپ اول، تهران: (____).
۴۱. صادقی، محسن (۱۳۸۴). اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۴۲. صفایی، سید حسین قاسمزاده، سید مرتضی (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، تهران: انتشارات مهر.
۴۳. ضیایی بیگدلی، محمد رضا (۱۳۹۰). حقوق بین الملل عمومی، چاپ سی و هشتم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۴۴. طباطبایی مؤتمنی (۱۳۸۳). آزادی های عمومی و حقوق بشر، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۴۵. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۷). حقوق اداری، چاپ پانزدهم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت).
۴۶. طباطبایی، منوچهر (۱۳۸۵). حقوق اداری تطبیقی، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت).
۴۷. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۰). حقوق اساسی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۴۸. ظریف، محمد عالم (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه.
۴۹. عالم، عبدالرحمن (۱۳۸۱). بنیاد های علم سیاست، چاپ نهم، تهران: نشر نی.
۵۰. عباسی، بیژن (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: جنگل.
۵۱. عبدالله، نظام الدین، شرح مختصر قانون اساسی (۲) حقوق و واجبات اساسی اتباع، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
۵۲. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق عینی، چاپ هشتم، کابل: انتشارات سعید.
۵۳. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دهم، کابل: انتشارات سعید.
۵۴. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۰). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق واجبات (۲): عقود معین، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.
۵۵. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۰). شرح قانون مدنی افغانستان: اشخاص، چاپ چهارم، کابل: انتشارات سعید.
۵۶. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۱). مبای حقوق افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
۵۷. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۳). انواع قانون و فرایند قانونگذاری در نظام حقوقی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
۵۸. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۳). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق فامیل، چاپ چهارم، کابل: انتشارات سعید.
۵۹. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۳). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق واجبات (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تفیذ، انتهاء و اثبات وجبیه، چاپ چهارم، کابل: انتشارات سعید.
۶۰. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۰). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.
۶۱. عبدالخواه، عبدالقادر (۱۳۸۷). حقوق فامیل، چاپ اول، کابل: انتشارات میوند.

۶۲. عراقی، سید عزت الله (۱۳۸۱)، حقوق کار، چاپ دهم، تهران (___).
۶۳. عزیزی، طارق (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اداری افغانستان، مترجم: سید مسعود مخلص، چاپ اول، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.
۶۴. غلامی، حسین (۱۳۸۵). مبانی حقوق و تطبیق عدالت جزایی در افغانستان، کابل: (___).
۶۵. قاسمی، عبدالخالق (۱۳۹۲). مسؤولیت مدنی ناشی از نقض قرارداد، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب.
۶۶. قاضی شریعت پناهی، سید ابوالفضل (۱۳۸۳). گفتار هایی در حقوق عمومی، چاپ یازدهم، تهران: میزان.
۶۷. قاضی شریعت پناهی، سید ابوالفضل (۱۳۸۳). حقوق اساسی و نهاد های سیاسی، چاپ یازدهم، تهران: نشر میزان.
۶۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). حقوق مدنی: قواعد عمومی قرار داد ها، چاپ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۶۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۶). حقوق مدنی، عقود معین (۴): عقود اذنی - وثیقه های دین، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۷۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۷۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵). نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران: نشر یلدا.
۷۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). دوره مقدماتی حقوق مدنی: وقایع حقوقی، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۷۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱). اموال و مالکیت، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان.
۷۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، (۳) جلد، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۷۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹). کلیات حقوق، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۷۶. کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی (۱/۴ / ۱۳۸۹ / ۲۹ / ۳ / ۱۳۹۰). سالنامه کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، (___)، (___).
۷۷. کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی (۱۳۹۱). سالنامه کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی.
۷۸. کمیسیون مستقل نظارت بر قانون اساسی، مصوبه شماره ۱۱ (۲۵ / ۴ / ۱۳۹۱)، نظریه حقوقی کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی در مورد عدم جواز نسبت دادن جرم و عناوین مجرمانه به مظنونین و متهمین.
۷۹. کمیسیون مستقل نظارت بر قانون اساسی، مصوبه شماره ۳۱ (۸ / ۱۳۹۰)، نظریه حقوقی کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی در مورد لویه جرگه.
۸۰. کنوست راسخ افشار، ماندانا (۱۳۸۶). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، جلد (۲): رویه مبتنی بر قانون اساسی و حقوق بشر، مترجم: حسین غلامی، چاپ اول، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.
۸۱. کیتجا یسار، کریانگسا (۱۳۸۷). حقوق کیفری بین المللی، مترجم: حسین آقایی جنت مکان، چاپ دانشور.
۸۲. گرجی ازندریانی، علی اکبر (۱۳۸۹). مبانی حقوق عمومی، چاپ دوم، تهران: انتشارات جاویدان.
۸۳. لوی برول، هانری (۱۳۷۶). جامعه شناسی حقوق، مترجم: ابوالفضل قاضی، چاپ سوم، تهران: نشر دادگستر.

۸۴. محمودی، فیروز (۱۳۹۰). رهنمود ماکس پلانک برای حقوق جزای اختصاصی افغانستان، چاپ اول، انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.
۸۵. مدنی، جلال الدین (۱۳۸۴). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ چهارم، انتشارات جنگل.
۸۶. مدنی، سید جلال الدین (۱۳۸۶). مبانی و کلیات علم حقوق، چاپ شانزدهم، انتشارات پایدار.
۸۷. مشتاقی، رامین (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، مترجم: حسین غلامی، چاپ چهارم، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.
۸۸. مشتاقی، رامین (۱۳۹۰). تشکیلات و صلاحیت محاکم افغانستان، مترجم: حسین غلامی، چاپ سوم، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.
۸۹. موسی زاده، رضا (۱۳۷۷). حقوق معاهدات بین المللی، تهران: نشر دادگستر.
۹۰. محمدی، عبدالعلی (____). بررسی و تبیین فرمان تقنینی در نظام حقوقی افغانستان (____)، (____).
۹۱. نذیر، داد محمد (۱۳۸۹). مبای علم حقوق، چاپ اول، کابل: انتشارات رسالت.
۹۲. نصیری، محمد (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه.
۹۳. نوری محمد علی (۱۳۸۸). ترجمه قانون مدنی مصر، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
۹۴. نوروزی، محمد جواد (۱۳۸۰). فلسفه سیاست، چاپ هفتم، تهران: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
۹۵. نیاز، عبدالوحدید (۱۳۹۳). مقدمه بر حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
۹۶. واکس، ریموند (۱۳۸۲). فلسفه حقوق، مترجم: باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، چاپ اول، تهران، انتشارات جاویدانه.
۹۷. وحدتی شبیری، سید حسن (۱۳۸۵). مبانی مسؤولیت مدنی قراردادی، چاپ اول، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۹۸. وزارت عدلیه (____). فهرست تاریخوار جریده رسمی و فهرست کامل چهل و سه ساله اسناد تقنینی از ۶ حوت سال ۱۳۴۱ الی ۱۶ حوات ۱۳۸۵.
۹۹. وکیو، دل (۱۳۸۰). فلسفه حقوق، مترجم: جواد واحدی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۱۰۰. ولیدی، محمد صالح (۱۳۹۴). حقوق جزای عمومی، جلد (۱)، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت).
۱۰۱. هاشمی، سید محمد (۱۳۸۴). حقوق بشر و آزادی های عمومی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۱۰۲. هداوند، مهدی، مهدی علی (۱۳۹۰). اصول حقوق اداری، چاپ دوم، تهران: انتشارات خرسندی.
۱۰۳. هریسی نژاد، کمال الدین (۱۳۹۰). حقوق اساسی تطبیقی، چاپ دوم، تبریز: آیدین.
۱۰۴. ____ (۱۳۸۱). درآمدی بر حقوق اسلامی، چاپ سوم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت).
۱۰۵. ____ (حوت ۱۳۸۲). قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح، (۲) جلد، کابل: دارالانشای قانون اساسی.
۱۰۶. ____ (۱۳۹۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان، ۲۲-۲۵ حوت، ۱۳۹۵، چاپ اول، ریاست نشرات ستره محکمه.
۱۰۷. ____ (۱۳۸۱). درآمدی بر حقوق اسلامی، چاپ سوم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت)

۱۰۸. ____ (____). فرایند شکل گیری قانون اساسی (۴) موضعگیری ها، چالشها و تفاهمات در لویه جرگه، جلد (۴)، کابل: انتشارات کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان.
۱۰۹. ____ (۱۳۷۹). دین و سیاست، چاپ اول، تهران: مؤسسه فرهنگی ثقلین.
۱۱۰. ____ (۲۲-۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه.
- سوم) مقالات:**
۱۱۱. تقی زاده، جواد (۱۳۹۰). مسأله اساسی سازی نظم حقوقی، مجموعه مقالات اساسی سازی، جزوه مقطع کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی - واحد کابل.
۱۱۲. خمایی زاده، فرهاد (۱۳۸۸). بررسی تطبیقی نظارت بر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی، مجله آموزه های حقوقی، شماره ۱۲.
۱۱۳. داود، محمد داود (۱۳۹۲) ش پایان نامه ماستری). جایگاه کرامت انسانی در قانون اساسی افغانستان در پرتو اسناد بین المللی، ص، دانشگاه آزاد اسلامی - واحد افغانستان.
۱۱۴. رحیمی نژاد، اسماعیل (۱۳۹۰). نگرش اسلامی به کرامت انسانی، مجله معرفت حقوقی، سال اول، شماره دوم.
۱۱۵. رضایی، محمد جواد زاده و کاظمی، داود (۱۳۹۱). بازشناسی نظریه «خدمات عمومی» و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، نشریه علمی - پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال سوم، شماره پنجم.
۱۱۶. رنجبریان، امیر حسین (۱۳۷۳). تأملی بر حقوق بشر، مجله راهبرد، شماره ۴.
۱۱۷. رهبر، مهدی و خطیبی، منیره (۱۳۹۶). ماهیت پول از منظر فقه اسلامی، دو فصلنامه علمی - پژوهشی فقه مقارن، سال پنجم، شماره ۹.
۱۱۸. زکی، حمید (۱۳۸۸). آزادی در گستره حقوق شهروندی و حقوق بشر، فصلنامه عدالت، شماره ۸۰.
۱۱۹. زکی، ناظر حسین (____). نگاهی به قانون و بایستگی های آن، مجله عدالت، شماره ۴۴.
۱۲۰. زکی، حفیظ الله (۱۳۸۴). گفتمان عدالت در اسلام و مکاتب دیگر، ماهنامه عدالت، شماره بیست و هفتم.
۱۲۱. ژوبل، محمد عثمان (____). احوال شخصیه در حقوق مدنی، ماهنامه عدالت، شماره ۴۲.
۱۲۲. سجادی نژاد، سید احمد (۱۳۸۸). جهل به حکم و رافعیّت آن نسبت به مسؤولیت کیفری در فقه امامیه، مجله آموزه های فقهی، شماره ۳.
۱۲۳. فارابی، محمد عظیم (۱۳۸۸). نگاهی به پیشینه قانونگذاری در افغانستان، مجله قضاء (____).
۱۲۴. قیومی، عبدالقدیر (۱۳۸۵). تاریخچه قانونگذاری در افغانستان، مجله عدالت، شماره ۴۴.
۱۲۵. کبری اصفهانی، خدیجه (____). مسؤولیت مدنی دولت، صص ۲ و ۳.
- (آخرین بازدید: ۶ فروری ۲۰۱۵) ww.haqqastar.ir
۱۲۶. محمدی، عبدالعلی (____). بررسی و تبیین فرمان تقنینی در نظام حقوقی افغانستان (____)، (____).
۱۲۷. مخدوم، حمید رضا (۱۳۸۷). نقش انترپول در استرداد مجرمین و راه های بهینه کردن آن، مجله کلاگاه، دور دوم، شماره ۴۰.
۱۲۸. ویژه، محمد رضا (۱۳۸۸). تأملی بر سلسله مراتب هنجار های حقوقی در نظام جمهوری اسلامی ایران، فصلنامه راهبرد، سال هجدهم، شماره پنجاه.

۱۲۹. ____ (____). بازتاب حقوق بشر در قانون اساسی افغانستان، منتشر در صفحه اترنتی:

<http://www.taha14.com/index.php/umumi/34-paiannama/119-qanon?showall=1>

چهارم: فرهنگ ها

۱۳۰. انصاری مسعود و طاهری محمد علی (۱ ۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات محراب فکر.
۱۳۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۳۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۸). الفارق، چاپ دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۳۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش.
۱۳۴. عمید، حسن (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر.
۱۳۵. فرید، محسن و ملکزاده، بنفشه (۱۳۸۷). فرهنگ اصلاحات حقوق بشر و حقوق بین الملل، مترجم: شریف پسندی، چاپ دوم، کابل: سازمان بین المللی انکشاف حقوق.
۱۳۶. معین، محمد (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش.
۱۳۷. نصرالله ستانکزی و دیگران (۱۳۸۷). قاموس اصطلاحات حقوقی، کابل: پوهنتون کابل - فاکولته حقوق و علوم سیاسی.
۱۳۸. ____ (۲۰۰۷ - ۲۰۱۱ م). دایرة المعارف آریانا، چاپ اول، کابل: اکادمی علوم افغانستان.

پنجم: قوانین

۱۳۹. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان (۱۳۸۲ ش). ۸۱۸ جریده رسمی.
۱۴۰. قانون مدنی (۱۵ / ۱۰ / ۱۳۵۵ ش). ۳۵۳ جریده رسمی.
۱۴۱. قانون تنظیم امور زمینداری (۱۳۹۶). ۱۲۵۴ جریده رسمی.
۱۴۲. قانون استملاک (۱۳۶۹). ۱۲۵۸ جریده رسمی.
۱۴۳. قانون علفچر (۱۴۲۱). ۷۹۵ جریده رسمی.
۱۴۴. قانون نفت و گاز (۱۳۸۷). ۹۷۲ جریده رسمی.
۱۴۵. قانون فروش عقار به نمایندگی های سیاسی دول خارجی و سازمانهای بین المللی (۱۳۸۷). ۹۴۷ جریده رسمی.
۱۴۶. قانون آب (۱۳۸۸). ۹۸۰ جریده رسمی.
۱۴۷. قانون شکار و ابقای حیات وحش (۱۴۲۱). ۷۹۵ جریده رسمی.
۱۴۸. قانون تنظیم امور جنگلات (۱۳۹۱). ۱۰۸۷ جریده رسمی.
۱۴۹. قانون حفظ آثار تاریخی و فرهنگی (۱۳۸۳). ۸۲۸ جریده رسمی.
۱۵۰. قانون معادن (۱۳۹۷). ۱۳۱۵ جریده رسمی.
۱۵۱. قانون حمایت از حقوق مؤلف، مصنف، هنرمند و محقق (کاپی رایت) و قانون حمایت حقوق مخترع و مُکتشف (۱۳۸۷). ۹۵۶ جریده رسمی.
۱۵۲. تعدیل قانون کارکنان خدمات ملکی (۱۳۹۶). جریده رسمی ۱۲۹۴.

۱۵۳. قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی (۱۳۸۸). ۹۸۶ جریده رسمی.
۱۵۴. قانون اصول محاکمات مدنی (۱۳۶۹). ۷۲۲ جریده رسمی.
۱۵۵. قانون رسیدگی به تخلفات اطفال (۱۳۸۴). ۸۴۸ جریده رسمی.
۱۵۶. کُد جزا (۱۳۹۶). ۱۲۶۰ جریده رسمی.
۱۵۷. قانون مراسم عروسی (۱۳۹۶). ۱۲۸۰ جریده رسمی.
۱۵۸. قانون انتخابات (۱۳۹۲). ۱۱۱۲ جریده رسمی.
۱۵۹. قانون احزاب سیاسی (سال ۱۳۸۳). ۸۱۲ جریده رسمی.
۱۶۰. قانون اجراءات جزایی (۱۳۹۳). ۱۱۳۲ جریده رسمی.
۱۶۱. قانون استرداد مجرمین و همکاری های عدلی (۱۳۹۲). ۱۱۰۳ جریده رسمی.
۱۶۲. قانون رسانه های همگانی (۱۳۸۸). ۹۸۶ جریده رسمی.
۱۶۳. قانون پولیس (۱۳۸۸). ۹۹۴ جریده رسمی.
۱۶۴. قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان (۱۳۹۲). ۱۱۰۹ جریده رسمی.
۱۶۵. قانون جلوگیری از تمویل تروریسم (۱۳۹۳). ۱۱۴۶ جریده رسمی.
۱۶۶. قانون جمعیت ها (۱۳۹۲). ۱۱۱۴ جریده رسمی.
۱۶۷. قانون تابعیت (۱۴۲۱). ۷۹۲ جریده رسمی.
۱۶۸. قانون تنظیم امور زمینداری (۱۳۸۷). جریده رسمی ۹۵۸.
۱۶۹. قانون حمایت از حمایت حقوق مخترع و مکتشف (۱۳۸۷). ۹۵۶ جریده رسمی.
۱۷۰. قانون حکمیت تجارتي (۱۳۸۵). ۹۱۳ جریده رسمی.
۱۷۱. اصولنامه تجارت (۱۳۶۶). (____).
۱۷۲. قانون میانجیگری تجارتي (۱۳۸۵). ۹۱۳ جریده رسمی.
۱۷۳. قانون کار (۱۳۸۵). ۹۱۴ جریده رسمی.
۱۷۴. قانون محاسب و توقیف خانه ها (۱۳۸۴). ۹۲۳ جریده رسمی.
۱۷۵. قانون د افغانستان بانک (۱۳۸۲). ۸۱۹ جریده رسمی شماره.
۱۷۶. قانون مراسم عروسی (1396). 1280 جریده رسمی.
۱۷۷. قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی (۱۳۸۸). ۹۸۶ جریده رسمی.

ششم: وبسایت ها

178. <https://www.vajehyab.com>
179. <http://simayeadalat.blogfa.com/post/18> (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۳/۹)
180. <http://edalat-va-ghezavat.blogfa.com/cat-149.aspx> (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۳/۹)
181. <http://www.shahrwandan.ir/news> (آخرین بازدید: ۱ اپریل ۲۰۱۵).

182. dadneqar.blogfa (آخرین بازدید ۶ / ۱۷ / ۲۰۱۶).
183. nesashalhari.blogfa.com (آخرین بازدید ۶ / ۱۷ / ۲۰۱۶).
184. www.mariam-webster.com (Last visit: 26/ 4/ 2017).
185. https://en.oxford.com (Last visit: 26/ 4/ 2017).
186. www.translategoogle.com (Last visit: August, 2014)
187. http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/constitutional+rights (Last visit: 20, April, 2015).
188. http://www.yourdictionary.com/constitutional-right (Last visit: 20, April, 2015).
189. http://www.taha14.com/index.php/umumi/34-paannama/119-qanon?showall=1 .۱ / ۲۱ (آخرین بازدید ۲۱ / ۱ / ۲۰۲۵)
190. http://www.ibnesina.edu.af/riyasat/modiriyat-tahqiqat (آخرین بازدید ۲۸ جنوری، ۲۰۱۵)
191. http://en.wikipedia.org/wiki/Right_to_privacy (Last visit: 21, April, 2015).
192. https://en.m.wikipedia.org (Last visit: 6/12/2017).
193. http://www.almaany.com/fa/dict/ar-fa (آخرین بازدید ۱ / ۲۲ / ۲۰۱۶).
194. http://www.almaany.com/fa/dict/ar-fa (25/1/2016).
195. https://thelawdictionary.org/elected-domicile/(last visit:4/4/2018).
196. https://fa.m.wikipedia.org (Last visit: 2017/10/9).
197. https://fa.wikipedia.org/wiki (آخرین بازدید ۶ / ۲۳ / ۲۰۱۷).
198. http://www.shahrwandaan.ir/news (آخرین بازدید: ۱ اپریل، ۲۰۱۵).
199. www.marriem-webster.com (Last vistit: 6/ 9/ 2017).
200. www.dictionary.cambridge.org (Last vistit: 6/ 9/ 2017).
201. www.the freedictionary.com (Last vistit: 6/ 9/ 2017).
202. www.marriem-webster.com (Last vistit: 6/ 9/ 2017).
203. A/RES/49/60 (1994), online : http://www.un.org/documents/ga/res/45 (Last visit: Januray, 2011).
204. SC Resolution 731 (1992) of 21 January 1992, online http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/010/90/IMG/NR001090.pdf?OpenElement. This approach was reaffirmed in several subsequent resolutions ((Last visit: February, 2011).
205. http://www.un.org/en/sc/ctc/ (Last visit : February, 2011)
206. nesashalhari.blogfa.com (آخرین بازدید ۶ / ۱۷ / ۲۰۱۶).
207. www.translategoogle.com (Last visit: August, 2014).

208. <http://www.iranhrdc.org/persian> (Last visit : 23, 6, 2015).
209. <http://en.wikipedia.org/wiki/Rights> (Last visit : 21, April, 2015).
210. <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/civil-rights> (last visit : 21, April, 2015).
211. <http://www.businessdictionary.com/definition/civil-rights.html> (last visit : 21, April, 2015).
212. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/constitutional+rights> (last visit : 20, April, 2015).
213. <http://www.yourdictionary.com/constitutional-right> (last visit : 20, April, 2015).
214. [/fa.m.wikipedia.org](http://fa.m.wikipedia.org) (آخرین بازدید: ۲۰۱۶ / ۹ / ۳).
215. www.hawzah.net (آخرین بازدید: ۲۰۱۷ / ۶ / ۳).
216. <http://www.yjc.ir/fa/news> (last visit : 12/3/2018).
217. <http://wikifeqh.ir> (last visit : 5/5/ 2018).
218. [En.m. wikipedia.org](http://en.m.wikipedia.org) (آخرین بازدید: ۲۰۱۷ / ۱۰ / ۳).
219. www.law.cornel.edu (آخرین بازدید: ۲۰۱۷ / ۱۰ / ۳).
220. [Fa.m.wikipedia.org](http://fa.m.wikipedia.org) (آخرین بازدید: ۲۰۱۷ / ۱۰ / ۳).
221. <http://simayeadalat.blogfa.com/post/18> (آخرین بازدید: ۲۰۱۶ / ۳ / ۹).
222. <http://simayeadalat.blogfa.com/post/18> (آخرین بازدید: ۲۰۱۶ / ۳ / ۹).
223. <http://edalat-va-ghezavat.blogfa.com/cat-149.aspx> (Last visit : 9/ 3/ 2016).
224. <http://edalat-va-ghezavat.blogfa.com/cat-149.aspx> (Last visit : 9/ 3/ 2016).
225. <http://www.ghavanin.ir/PaperDetail.asp?id=348> (آخرین بازدید: ۲۰۱۶ / ۱۴ / ۲).
226. www.justipedia.com (Last visit : 6/12/2017).
227. www.www.study.com (Last visit : 6/12/2017).
228. https://www.law.cornell.edu/wex/international_environmental_law (last visit : 24 february, 2015)
229. <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/civil-rights> (last visit : 21, April, 2015).
230. <http://www.businessdictionary.com/definition/civil-rights.html> (last visit : 21, April, 2015).
231. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/constitutional+rights> (Last visit : 20, April, 2015). <http://www.yourdictionary.com/constitutional-right> (Last visit : 20, April, 2015)
232. <http://da.azadiradio.org/content/article/27052660.html>

۲۳۳. (آخرین بازدید: ۸، جون، ۲۰۱۵).

ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۱ اسد، ۱۳۹۹ ش

<https://supremecourt.gov.af/>

۲۳۴. لوی څارنوالی جمهوری اسلامی افغانستان، ۷ اسد، ۱۳۹۹ ش

<https://ago.gov.af/www>

٢٣٥. انجمن مستقل وکلای مدافع، ٧ اسد، ١٣٩٩ ش

http://www.aiba.af/dari/More_index.php

٢٣٦. کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، ٧ اسد، ١٣٩٩ ش

<http://icoic.gov.af/fa/page>

٢٣٧. کمیسیون مستقل انتخابات، ٨ اسد، ١٣٩٩ ش

<http://icoic.gov.af/fa/page><http://www.iec.org.af/fa/2012-05-29-07-07-28/media-section-dari>

٢٣٨. کمیسیون مستقل رسیدگی به شکایات انتخاباتی، ١٩ اسد، ١٣٩٩ ش

<http://icoic.gov.af/fa/page><https://iecc.gov.af>

٢٣٩. کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی، ٩ میزان، ١٣٩٩ ش

<https://iarcsc.gov.af/fa>

(ب) عربی

٢٤٠. الزحیلی، وهبة (____). الفقه الاسلامی و ادلته، ١٢ جلد، کویت، انتشارات مکتب رشیدیہ

٢٤١. الزحیلی، وهبة (____). اصول الفقه اسلامی، ٢ جلد، کویت، انتشارات مکتب رشیدیہ.

٢٤٢. احمد السنهوری، عبدالرزاق (٢٠٠٢م). الوسيط فی شرح القانون المدنی الجدید، ١٤ ج، بیروت، لبنان، چاپ دار احیاء التراث

العربی.

٢٤٣. احمد السنهوری، عبدالرزاق (٢٠٠٠م). مصادر الحق، جلد (١)، چاپ دار احیاء التراث العربی، بیروت، لبنان.

٢٤٤. اسماعیل، محمد بکر (١٤١٠). الفقه الواضح، مکه المکرمه: دارالمنار للنشر و التوزیع.

٢٤٥. القره داغی، علی محی الدین (١٤٠٣ق). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة

دارالبشائر الاسلامیة.

٢٤٦. زیدان، عبدالکریم (١٣٨٥). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان.

٢٤٧. سعید الصاغرچی، اسعد محمد (____). الفقه الحنفی و ادلته، ٣ ج، پاکستان: چاپ کتابخانه رشیدیہ.

٢٤٨. عبدالحمید، محمد محی الدین (٢٠٠٧م). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر.

٢٤٩. عبدالله البرشومی، عبد الفتاح (١٤٢٤). احکام الرهن و الشفعة فی الفقه الاسلامیة، چاپ دوم: مصر: الازهر.

٢٥٠. مصطفی احمد، زرقاء (١٩٦٧-١٩٦٨م). المدخل الفقهي العام، (٣) جلد، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر.

٢٥١. محمود، طهماز، عبدالحمید (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، (٥) جلد، پاکستان: چاپ مکتب حقانیہ.

٢٥٢. ____ (١٤٠٤ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (٣٠)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة.

(ج) انگلیسی:

253. Azizy, Tarek (2011). Maxplanck Manual On Administrative Law Of Afghanistan, first edition, Kabul, Maxplanck Institute For Comparative Public Law and International Law.
254. Barendt, Eric (1998). An Introduction To Constitutional Law, first edition, London, Exford University.
255. Barker, D. L. A and Padfield C. F (1375). Law, first edition, Tehran, Arian Bookshop.
256. Bell, John, Boyron, Sophie and Whittaker, Simon (1380). Principles Of French Law, first edition, Tehran, Dadqaster Publication.
257. Brown, WJ (1999). GCSE Law, seventh edition, (___), Sweet and Maxwell.
258. Hillar, Tim (1998). Sourcebook On Public International Law, first edition, London, Cavendish Publishing.
259. Ghai, Yash (2006). The Of Constituent Assemblies in Constitution Making, Isntitue for Democracy and Electoral Assistance.
https://constitutionnet.org/sites/default/files/2017-08/the_role_of_constituent_assemblies_-_final_yg_-_200606.pdf
260. Jian, M P (2008). Indian Constitutional Law, fifth edition, New Delhi, Wadha Naqpur.
261. Pfeiffer, Julia (2011). Max Planck Manul On Public International Law in Afghanistan, first edition, Kabul, Maxplanck Institute For Comparative Public Law And International law.
262. Raden Aji Haqqi, Abdul- Rahman (2009). *The Philosophy of Islamic Law of Transctions*, first edition, Malaysia, Center For Reasch And Training.
263. Robbers, Gerhard (2002). An Introduction To German Law, Translated into English by Miceal Jewll, fifth edit, (___).
264. Schubert, Frank August (2008). Introduction To Law And The Legal Systems, eleventh edition, USA, Cengage Learning.
265. Statsky, William P (____). Family Law, sixth edition, New York, Delmar Gengage Learning.
266. Scuderi, Cannie (2007). Introduction To Law And Paralegal Studies, (___).
267. Shaw, Malcham (2008). Public nternatnional law, sixth edition, Cambridge, Cambridge University Press.
268. Tiwiri, Ramesh Kumar and Mehta, Aasha Kapur (2012). Public Policy And Administration, Delhi, Gyan Publishing.

نظام الدين عبدالله فرزند عبدالرحيم در سال ۱۳۵۸ هجری شمسی در ولسوالی شکرده ولایت کابل چشم به جهان گشوده است. او در سال ۱۳۸۳ از دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه پوهنتون کابل فارغ گردیده است و ماستری خویش را در سال ۱۳۹۳ در رشته حقوق عامه از دانشگاه پوهنتون آزاد اسلامی واحد افغانستان اخذ نموده است. او از ماه سنبله سال ۱۳۹۹ الی اکنون در دانشگاه پوهنتون آزاد اسلامی استان تهران - واحد تهران مرکزی دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی است. او در جریان سال های ۱۳۸۷ الی ۱۳۹۴ مضامین حقوق و جایب، حقوق عینی، حقوق میراث، مبادی حقوق، حقوق فامیل، حقوق بین الملل خصوصی، حقوق اساسی، حقوق اداری، عقود معین، قانونگذاری، روش تحقیق در حقوق و ... را در پوهنتون کاردان، انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک و پوهنتون کاروان و غیره تدریس کرده است. او از سال ۱۳۹۵ الی اکنون استادیار حقوق (Assistant Professor of law) در یکی از دانشگاه/پوهنتون های خصوصی افغانستان است. او در این جریان مضامین حقوق و جایب (قواعد عمومی عقود)، حقوق و جایب (حوادث حقوقی و مسؤولیت مدنی غیرقراردادی)، حقوق فامیل، حقوق عینی، حقوق میراث، حقوق بین الملل خصوصی، قانونگذاری، حقوق اساسی، مبادی حقوق، حقوق اداری، روش تحقیق در حقوق و ... را در این دانشگاه/پوهنتون به زبان انگلیسی تدریس نموده است. برخی آثاری را که او تا اکنون تألیف و ترجمه نموده است قرار آتی است:

- ۱) نظام الدين عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: اشخاص، چاپ چهارم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۲) نظام الدين عبدالله (۱۴۰۱) شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوازدهم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۳) نظام الدين عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق فامیل: روابط زوجین (۱)، چاپ ششم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۴) نظام الدين عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق اطفال، چاپ چهارم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۵) نظام الدين عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق و جایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجیبه، چاپ ششم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۶) نظام الدين عبدالله (۱۳۹۵). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق و جایب (۲) عقود معین، چاپ سوم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۷) نظام الدين عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق عینی، چاپ هشتم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۸) نظام الدين عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث، چاپ سوم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۹) نظام الدين عبدالله (۱۳۹۰). مواد درسی انستیتوت ماکس پلانک پیرامون اموال و ملکیت چاپ اول، کابل - افغانستان: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.
- ۱۰) نظام الدين عبدالله (۱۳۹۵). مبادی حقوق افغانستان، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.
- ۱۱) نظام الدين عبدالله (۱۳۹۸) انواع قانون و مراحل قانونگذاری در نظام حقوقی افغانستان، چاپ دوم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.

- ۱۲) جولیا پفیفر (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون حقوق بین الملل عمومی برای افغانستان، مترجم: نظام الدین عبدالله، چاپ اول، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک.
- ۱۳) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۴). شرح قانون اساسی افغانستان: حقوق و وجایب اساسی اتباع، جلد (۱)، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
- ۱۴) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۶). شرح قانون اساسی افغانستان: حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، جلد (۲)، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.
- ۱۵) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). فرهنگ اصطلاحات حقوقی افغانستان، چاپ دوم، انتشارات سعید.
- دوم) مقالات:**
- ۱) نظام الدین عبدالله و داکتر جواد تقی زاده (۱۳۹۳). انواع قانون در نظام حقوقی افغانستان، مجله وکالت، شماره های ۲۶ و ۲۷.
- ۲) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۳). حق تشکیل حزب سیاسی، مجله وکالت، شماره ۲۸.
- ۳) نظام الدین عبدالله (۲۰۱۷). مسؤولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان، مجله مطالعات حقوقی افغانستان، جلد (۲)، کابل: بنیاد ماکس پلانک برای حاکمیت قانون و صلح بین الملل.
- سوم) به انگلیسی:**

- 1) Nezamuddin Abdullah (2007). A Brief Comparative Analysis of United Nations Convention on Rights of Children (UNCRC), Islam, Afghan Legislations & Customary Practices, Kabul: Save the Children, Sweden – Norway.
- 2) Nezamuddin Abdullah (2011). Max Planck Manual on Property and Ownership in Afghanistan, first edition, Kabul: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.

