

تکثر منابع حقوقی؛ چالش حاکمیت قانون و تضمین حقوق بشر در نظم حقوقی افغانستان

دکتر قاسم علی صداقت*

چکیده

پیوند میان حقوق مدرن و حقوق اسلامی (با برداشت تاریخی و سنتی) در برخی مسائل اساسی کاری است بس دشوار. طبعاً حاکمیت قانون به مفهوم ماهوی و حقوق بشر از پیامدهای مدرنیته است. از سوی دیگر، در نظم حقوقی افغانستان، همانند برخی کشورهای اسلامی، پلورالیسم حقوقی در دو عرصه مذکور در سطح دولتی پذیرفته شده و رسماً در قانون اساسی افغانستان تجلی پیدا نموده است. حقوق مدرن و اسلامی (با برداشت سنتی) در موضوع حاکمیت قانون، به مفهوم ماهوی، با رویکرد غربی به باور نویسنده ناسازگارند؛ در حالی که حاکمیت قانون به برداشت ماهوی از راهکارهای مهم صیانت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی است. در این مقاله نویسنده خواسته است این موضوع را اثبات نماید که با وجود نفی کرامت انسانی در برداشت‌های طیف سنت‌گرایان اسلامی، نابرابری‌های حقوقی، اسلامی‌سازی به برداشت سنتی، محدودیت‌های حق حاکمیت و انحصاری کردن آن، طبقه‌بندی کردن انسان‌ها، مرجعیت احکام به برداشت سنتی و امثال آن، موجب

* پژوهشگر و استاد دانشگاه خاتم النبیین.

خواهد شد که حاکمیت قانون به مفهوم ماهوی، به‌ویژه از نوع رومی-جرمنی، در فقه سنتی و اسلام تاریخی ظرفیت تحقق نداشته باشد و در نتیجه یکی از راه‌کارهای مهم تضمین حقوق بشری در یک برداشت از اسلام از دست برود. در مقابل، قرائت روشنفکران مسلمان از اسلام، زمینه را برای حاکمیت قانون به مفهوم ماهوی فراهم و قهراً صیانت از حقوق بشر را در پی خواهد داشت. مقصود از برداشت روشنفکران مسلمان، توجه به گوهر اسلام و قرائت فرامتنی از اسلام و توجه به این نکته است که میزان قابل توجه از فقه سنتی، عرفیات صدر اسلام است که مورد تأیید اسلام قرار گرفته و جزء احکام تأسیسی نیست؛ بلکه جنبه امضایی دارد.

واژگان کلیدی: حاکمیت قانون، تضمین حقوق بشر، اسلام تاریخی و سنتی، فقه و فقها، روشنفکران مسلمان، پلورالیسم حقوقی، نظم حقوقی افغانستان.

مقدمه

اصل حاکمیت قانون از راه‌کاری اساسی و مهم حقوق مدرن برای تضمین حقوق بشر است؛ یعنی در جامعه‌ای که قانون حاکم باشد، از کارکردهای آن تضمین حقوق بشر و شهروندی است. با عنایت به موضوع مذکور، این پرسش مطرح است که نظم حقوق افغانستان با پذیرش پلورالیسم حقوقی (حقوق اسلامی و حقوق مدرن) از طریق حاکمیت قانون، ظرفیت توان تضمین حقوق بشر و آزادی‌های اساسی را دارد؟

در این مقاله پلورالیسم عمیق مدنظر نیست که در کنار قواعد دولتی، قواعد عرفی و غیر رسمی نیز وجود دارند که معمولاً با قواعد دولتی سازگار نیستند. مقصود ما در این‌جا پلورالیسم حقوقی دولتی است که قواعد آمرانه متفاوت رسماً از سوی دولت پذیرفته شده است که هرکدام صلاحیت اجرا در زمینه مورد نظر را دارد. نظم حقوقی فعلی افغانستان کوشیده است که هنجارهای حقوقی، ترکیبی از حقوق اسلامی، حقوق عرفی و حقوق مدرن باشد که این موضوع در قانون، به‌ویژه در بحث اسلامیت و مدرن‌سازی حقوق، خود را بیش‌تر نشان می‌دهد. در میان پلورالیسم حقوقی دولتی، پذیرش هنجارهای اسلامی و حقوق مدرن در نظم حقوقی افغانستان، دغدغه اصلی نویسنده است که ناسازگاری آن دو به‌عنوان یک چالش در نظم حقوقی افغانستان

مسلم تلقی و راه‌حل‌های آن بیان و ارزیابی شده است. فرض نویسنده بر آن است که در موارد چشم‌گیر، حقوق مدرن با حقوق اسلامی با قرائت سنتی و اسلام تاریخی ناسازگار است و پیوند حقوق اسلامی و مدرن را با چالش جدی مواجه نموده است. از جمله سازگاری حاکمیت قانون به مفهوم مدرن، با قرائت سنتی از اسلام و اسلام تاریخی، با تردید جدی مواجه است؛ از این رو، تا مادامی که چالش پیوندی حقوقی در افغانستان حل نگردد، حاکمیت قانون محقق نخواهد شد تا تضمین حقوق بشر را شاهد باشیم. چندگانگی حقوقی بدون هسته یا هسته‌های مرکزی ممکن است که به تعارض و ناسازگاری بیانجامد. در افغانستان چندگانگی حقوقی در منابع بدون هسته یا هسته‌های مرکزی مشترک، وضعیت مذکور را به بار آورده است.

اسلامی‌سازی (با قرائت تاریخی از اسلام) و برتری شریعت با اصل حاکمیت قانون در این نوشتار ناسازگار تلقی شده است. اساساً پدیده حاکمیت قانون پدیده‌ای غربی است که با سکولاریسم، لیبرالیسم و قوانین مصوب مراجع ذیصلاح ارتباط تنگاتنگ دارد. از سوی دیگر، حاکمیت قانون از راه‌کارها و شرط اصلی تضمین حقوق و آزادی‌های اساسی است و از این جهت، حاکمیت قانون ابزار تأمین حقوق بشر و شهروندی است. برتری احکام اسلامی با اصل حاکمیت قانون به مفهوم مدرن، حتی از نوع شکلی آن، ناسازگار است. نبود حاکمیت قانون در افغانستان نیز از چالش‌های اساسی تضمین حقوق بشر و شهروندی است و سعی نویسنده در این بخش، اثبات این فرضیه‌ها خواهد بود.

بنیاد اندیشه

اهمیت تحقیق از آن‌جا ناشی می‌شود که متغیر اصلی تحقیق، یعنی حاکمیت قانون، آثار حقوقی مهم از جمله تضمین حقوق بشر را در پی دارد و تضمین حاکمیت قانون به مفهوم مدرن خود، به تضمین بسیار از حقوق و آزادی‌های اساسی در جامعه منجر خواهد شد. در قدم نخست، باید معین نماییم که اسلام تاریخی و فقه سنتی با حاکمیت قانون به مفهوم مدرن سازگاری دارد یا خیر؟ قسمت عمده‌ای از خشونت‌ها و نفرت‌ها ناشی از برداشت‌های نادرست و سنتی از اسلام است که بستر خشونت و عدم حاکمیت قانون را فراهم نموده است. نویسنده باور دارد که اسلام تاریخی با حاکمیت قانون سازگاری ندارد؛ اما روشنفکر مسلمان می‌تواند از طریق قرائت فرامتنی از اسلام و توجه به جوهر اسلام، زمینه حاکمیت قانون را فراهم نماید تا در عمل به منجر به تضمین حقوق بشر گردد.

برداشت ماهوی که از حاکمیت قانون در این نوشتار مدنظر است، ویژگی‌هایی دارد و یکی از

ویژگی‌های آن تضمین حقوق بشر و آزادی‌های اساسی است. حاکمیت قانون به برداشت ماهوی که متأثر از رویکرد اخلاقی و ارزشی است، باید برابری، عدالت، کرامت انسان و حق بنیادین بشری را تضمین نماید. در این دیدگاه، نظام حقوقی به‌منزلهٔ هر می‌فرض می‌شود که متشکل از هنجارها، اصول، قواعد و قوانین سلسله‌مراتبی است. در این هرم، هنجارها، اصول و ارزش‌های رأس هرم، هنجارها و اصول زیرین را موجه می‌سازند. در واقع، هنجارهای اخلاقی، نظیر عدالت، آزادی، برابری و کرامت انسانی، ارزش‌های بنیادین شمرده می‌شوند که سایر اصول و قواعد و قوانین حقوقی در پرتو آنها توجیه می‌شوند. در این برداشت از حاکمیت قانون، اخلاق و حقوق پیوند بسیار نزدیکی باهم دارند (اصلائی و کاظمی، ۱۳۹۰: ش ۲۶، ۲۷۳-۲۷۴).

۱. اصل حاکمیت قانون و برابری

در قانون نباید هیچ‌گونه تبعیض و نابرابری وجود داشته باشد. برابری در برابر قانون غیر از آن است که قانون خود متضمن قواعد نابرابر و تبعیض را روا داشته باشد.

یکی از ویژگی‌های ارزش برابری در این است که هم فردگرایان آن را می‌ستایند و در حیطهٔ حقوق طبیعی می‌آورند و هم حکیمان اجتماعی دم به ستایش آن گشوده‌اند. فردگرایان بر این مبنا که انسان‌ها برابر زاده شده‌اند و به حکم فطرت و عقل باید از حقوق مساوی برخوردار باشند، از این ارزش دفاع می‌کنند و حکیمان اجتماعی بر این پایه که لازمهٔ عدالت است (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۴۴۷). انسان‌ها در انسانیت برابرند و باید از حقوق برابر برخوردار باشند و گرنه ترجیح بلامرجح خواهد شود؛ مگر دلیل عقلی و منطقی بر تفاوت اساسی و بنیادین باشد که موجب حقوق نابرابر گردد. فقه سنتی در موارد متعدد برابری را نفی می‌کند؛ چنان‌که شهروندان یک کشور را بر اساس طبقه تعریف و حقوقی را برای آنها معین می‌کند: کافر، اهل کتاب و مسلمان. یا تفاوت‌های حقوقی میان زن و مرد در فقه، مانعی در برابر حاکمیت قانون است. به عبارت دیگر، برداشت سنتی از اسلام و یا اسلام تاریخی، شهروندان و بشر را درجه‌بندی و برای آنها حقوقی را شناسایی می‌نماید. در این فرض، حاکمیت قانون به‌مفهوم ماهوی در بستر فقه سنتی و اسلام تاریخی شکل نخواهد گرفت؛ زیرا در برداشت ماهوی از حاکمیت قانون نباید برای افراد حقوق نابرابر تعریف نماید یا تبعیض غیر موجه روا دارد.

۲. حاکمیت قانون و تضمین کرامت انسانی

از کارکردهای حاکمیت قانون، تضمین کرامت انسانی است که خود از مبانی حقوق بشر است. اساساً حقوق بشر ابزاری برای تضمین کرامت انسان است. در اسلام تاریخی و رویکرد سنتی به اسلام، ممکن است که همه انسان‌ها دارای کرامت تلقی نشود؛ در حالی که در برداشت ماهوی بدون تضمین کرامت انسانی به صورت معقول و نسبی اساساً حاکمیت قانون وجود ندارد. وقتی از منظر تئوریک انسان‌ها دارای کرامت نباشند، یکی از عناصر اصلی حاکمیت قانون (که امر فراحقوقی است) به خودی خود منتفی است؛ زیرا کرامت ندارند تا تضمین گردد.

۲-۱. تعارض اسلام تاریخی با مینابودن کرامت انسانی برای حقوق و آزادی‌ها

یکی از اموری که فقها را از نزدیک شدن به نظریه کرامت به عنوان مبنا دور داشته است، احکام اسلام سنتی و مغایر با کرامت ذاتی انسان است. بسیاری از تفاوت‌های حکمی میان انسان‌ها در احکام اسلامی عامل بازدارنده آن است که بتوان کرامت را مبنایی برای حقوق و آزادی‌ها در نظر گرفت؛ چون از لوازم کرامت ذاتی آن است که میان همه انسان‌ها حقوق برابر برقرار شود و برخی از مجازات‌ها نیز مغایر کرامت انسانی است که در اسلام به عنوان احکام امضایی هنوز وجود دارد. اساساً کرامت ذاتی انسان باعث می‌شود که همه انسان‌ها دست کم در حقوق بنیادین برابر باشند؛ حال آن‌که از نظر بسیاری از اندیشمندان اسلامی و همین‌طور آیات و روایات، میان شهروندان یک جامعه سیاسی تساوی در حقوق وجود ندارد. این در حالی است که بر اساس دیدگاه ذاتی و عرضی و گوهر دین، هیچ معنی وجود ندارد که کرامت ذاتی انسان به عنوان یک دستاورد مدرن مورد پذیرش باشد. بر اساس اندیشه بسیاری از روشنفکران مسلمان، مقررات ثابت و دایمی مغایر با حقوق اساسی انسان پذیرفتنی نیست.

۲-۲. امضایی و عرفی بودن مقررات اسلامی و کرامت انسان

بی‌توجهی فقها به امضایی و عرفی بودن بسیاری از احکام فقهی، سبب شده است که کرامت نتواند در مباحث نظری میان اندیشمندان اسلامی به عنوان مبنای حقوق و آزادی‌ها جایگاهی پیدا کند. بسیاری از مقررات اسلام تاریخی جنبه عرفی دارد که وارد احکام اسلامی شده و دایمی تلقی گشته است. طبعاً برخی از مجازات‌ها جنبه امضایی دارد یا برخی از احکام همانند بردگی

پیش از اسلام وجود داشته است و اسلام آن را امضا و در عین حال، راه‌های رفع بردگی را نیز پیش‌بینی کرد و در نتیجه، بردگی در عمل وجود ندارد. تأمل بر امضایی بودن برخی احکام که با عقل به صورت قطعی سازگاری ندارد، می‌تواند راهی برای تأمین کرامت انسان باشد. در خودآیینی و عقل خودبنیاد این‌گونه مسائل حل شده است و از این جهت با کرامت انسانی تعارض دیده نمی‌شود؛ چنان‌که به باور بسیاری، «اثبات دوام و استمرار برای احکام امضایی آن‌قدر که برخی گمان می‌کنند، آسان نیست.» (<http://www.shafaqna.com>). از سوی دیگر، دلیل بسیاری از احکام امضایی آن است که در آن زمان در میان عقلا رایج بوده است و اگر امروزه دیگر بین عقلا رایج نباشد، همانند قطع دست، حکم موضوع آن منتفی است (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۳). قسمت زیادی آنچه که در عصر حاضر در فقه سنتی به عنوان احکام اسلامی تلقی شده است، در واقع عرف‌هایی است که از سوی اسلام مورد تأیید قرار گرفته است که تأمین‌کننده تنظیم مناسبات جامعه صدر اسلام بوده و به همین دلیل، اسلام آن‌ها را تأیید و امضا نموده است.

۳-۲. تفکیک میان نگاه اخلاقی و حقوقی به کرامت

اندیشمندان اسلامی در برخی حوزه‌ها میان اخلاق و حقوق تفاوت قائل نمی‌شوند. ممکن است یک انسان از نظر اخلاقی به اسفل‌السافلین سقوط کند؛ اما این بدان معنا نیست که از نظر حقوقی هم هیچ‌گونه حرمت و کرامتی نداشته باشد؛ چنان‌که که نماز ناخواندن مسلمان، ارتکاب جرم و امثال آن‌ها سبب سلب حقوقش در جامعه اسلامی نمی‌شود. در رویکرد اسلامی به محض مطرح شدن کرامت به مفهوم حقوقی و کرامت ذاتی، کرامت اکتسابی که به مفهوم اسلامی بعد اخلاقی دارد، مطرح می‌شود. میان اخلاق و حقوق رابطه پدیداری وجود دارد و فراتر از آن نمی‌توان رابطه‌ای تصور کرد؛ چون برخی اوصاف و ویژگی‌های قواعد حقوقی کاملاً با قواعد اخلاقی متفاوت است. به هر حال، سقوط اخلاقی به معنای نفی حقوق انسانی در این دنیا نخواهد بود.

در همین حوزه، «حق بودن» با «حق داشتن» کاملاً متفاوت است؛ بنابراین، ممکن است کسی عقیده و باوری باطل داشته باشد؛ اما به صورت قطعی باید از حقوق انسانی برخوردار باشد؛ چون ناحق بودن با حق داشتن ملازمه ندارد. برخی معتقدند افراد به دلیل عقیده فاسد و ناپابندی به نظام اسلامی، حقوقی نخواهند داشت؛ اما بر اساس دیدگاه برخی، هرکس بر ضد حکومت اسلامی توطئه و اقدام نکند، از حقوق انسانی برخوردار است (محمدی گرگانی، ۱۳۸۵: ۶۵۴)؛ چنان‌که در

آیه شریفه آمده است: «لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَ لَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَارِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَ تُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ» (ممتحنه/ ۸)؛ خدا شما را از نیکی کردن و رعایت عدالت نسبت به کسانی که در راه دین با شما پیکار نکردند و از خانه و دیارتان بیرون نراندند، نهی نمی‌کند؛ چرا که خداوند عدالت‌پیشگان را دوست دارد.

در رویکردی کاملاً متفاوت، برخی معتقدند اگر فرهنگ اجتماعی تغییر کند، کرامت انسانی این ظرفیت را دارد که آن را به تغییرات حقوقی تبدیل کند. در این دیدگاه، کرامت انسانی می‌تواند مبنایی برای مشروعیت هم‌جنس‌گرایی هم باشد (Finck, 7- 10). محاکم غربی نیز به کرامت انسانی متکی بوده‌اند همانند طرح حق هم‌جنس‌خواهی؛ مثل محاکم ایالات متحده، مکزیک، آفریقای جنوبی و کشورهای اروپایی (Ibid, 11, 21 & 24). این وضعیت بشر امروزی است که حالت تعادل ندارد؛ یعنی یا اخلاق یا حقوق را کاملاً نادیده می‌گیرد؛ از این رو، سکولاریسم فلسفی نمی‌تواند بخشی از راه‌حل در کشورهای اسلامی باشد.

۲-۴. کرامت مفهومی هست‌انگار

بر اساس دیدگاه عقلانی، «هر استعداد طبیعی مبنای یک حق طبیعی است و یک سند طبیعی برای آن به‌شمار می‌آید؛ مثلاً فرزند انسان حق درس خواندن و مدرسه‌رفتن دارد؛ اما بچه‌گوسفند چنین حقی ندارد؛ چون استعداد درس خواندن و دانش‌دین در فرزند انسان هست؛ اما در گوسفند نیست. دستگاه خلقت این سند طلب‌کاری را در وجود انسان قرار داده و در وجود گوسفند قرار نداده است. هم‌چنین است حق فکرکردن و رأی‌دادن و اراده‌آزادداشتن.» دقیقاً همین دیدگاه را غربی‌ها دارند؛ یعنی حقوق طبیعی و فطری به‌صورت دقیق همین مسائل را مطرح می‌کند. اگر مبنای کرامت را عقل و اراده‌ انسان بدانیم، در واقع کرامت انسان خود به خود مقتضی سلسله‌ حقوقی است. اگر معتقد به رابطه‌ باید و هست باشیم، کرامت به‌عنوان امری هست‌انگار باید‌هایی در پی دارد. انسان کرامت دارد؛ پس باید حقوقی هم داشته باشد و گرنه فرق او با حیوان چیست. وقتی خداوند به انسان اراده داده است، ما نمی‌توانیم به کلی اراده او را سلب کنیم و برای او حق انتخاب قائل نشویم. اگر محدودیتی هم برای اراده او قائل می‌شویم، باید معقول و منطقی باشد.

وقتی برخی اندیشمندان اسلامی مفهوم کرامت را بررسی می‌کنند، برخلاف نظر مرتضی مطهری، جنبه «بایدانگاری» را نیز اضافه می‌کنند و معتقدند اگر آن امر ارزشی نباشد، کرامتی هم

وجود ندارد (جعفری تبریزی، ۱۳۷۰: ۲۹). نویسنده دیگری، تن دادن به «نظام اسلامی و انسانیت انسان»، یعنی ترکیب این دو، را منشأ سلسله حقوقی تلقی می‌کند (مصباح یزدی، ۱۳۸۷: ۳۰۰). وقتی گفته می‌شود: «انسانی از دایره بندگی خداوند خارج گردد، پست‌تر از حیوان خواهد بود و دیگر دارای کرامت احترام نیست.» (همان، ۲۸۸). این محقق در جای دیگر، شرط برخورداری از حقوق اجتماعی را «پذیرش تابعیت نظام اسلامی» می‌داند. اگر شخص با اختیار خود از تابعیت این نظام خارج گردد یا در صدد براندازی باشد، تمام حقوق او اعم از حق کرامت یا حقوق فرعی دیگر ساقط می‌شود (همان، ۳۰۱). این در حالی است که کرامت امری هست‌انگار است و در حقوق مدرن خود به‌تنهایی مبنایی برای حقوق و آزادی محسوب می‌شود.

از همین‌رو، حق کرامت معنا ندارد؛ چون خود کرامت به‌عنوان یک امر تکوینی در انسان وجود دارد و محافظت از این کرامت و عدم تجاوز به آن را می‌توان حق - ادعا یا حق - آزادی تلقی کرد. انسان دارای اراده و اختیار است و باید بتواند این اراده و اختیار خود را اعمال کند و نمی‌توان به‌کلی اراده او را در موضوعاتی سلب کرد. اصل وجود اراده و اختیار امری هست‌انگار است؛ اما این‌که بتواند اراده خود را به‌دلیل کرامت انسانی اعمال کند، امری بایده‌انگار است. حقوق به‌عنوان امور بایده‌انگار مترتب بر کرامت انسانی است.

به هر حال، اکثریت دانشمندان طرفدار اسلامی سنتی نتوانسته‌اند به‌خوبی میان کرامت و ارزش ذاتی انسان و حقوق او که جنبه اعتباری دارد، ارتباط برقرار کنند. دیدگاهی وجود دارد که باورهای دینی را بنیاد کرامت انسان می‌داند و چنین استدلال می‌کند که چون انسان با شأن خلافت‌اللهی به منزلت کرامت رسیده است، کسانی که این شأن را نادیده می‌انگارند و آن را نابود می‌کنند، در حقیقت، خود را از کرامت و پیامدهای آن محروم می‌سازند. به همین دلیل، انسان منهای ایمان، انسان منهای کرامت شناخته می‌شود. در این دیدگاه، میان اخلاق و حقوق نیز تفکیکی وجود ندارد. انسان اگر به درجه اسفل‌السافلین می‌رسد، از منظر اخلاقی است و حقوق را نمی‌توان با آن ارتباط داد؛ مگر آن‌که عنوان مجرمانه محسوب شود که در آن فرض هم کرامت انسانی انسان از بین نمی‌رود؛ بلکه به‌دلیل ارتکاب جرم باید مجازات شود و حقوق او محدود خواهد شد. در این صورت، ربطی به کرامت ندارد و ترجیح بلامرجه هم نخواهد بود که میان یک انسان عادی و مجرم فرق قائل شویم.

۲-۵. کرامت ذاتی و برابری حقوق

در غرب در حوزه عمل و تئوری در موضوع برابری و عدم تبعیض ظاهراً رویکردی مشترک در حال پدیدارشدن است. بر اساس کرامت انسانی، انسان‌ها از حقوق بنیادین به‌طور یکسان برخوردارند. اگر کرامت انسانی برای همه یکسان باشد و همه انسان‌ها موضوع حقوق بشردارند، پس تمامی انسان‌ها از حقوق بنیادین باید برابر برخوردار باشند. همین امر دلیلی است برای این‌که چرا تبعیضی مانند امتیازهای ناعادلانه در برخورد با گروه‌های مختلف انسانی، به‌صورت مستقیم در تضاد با کرامت انسانی است.^۱ این امر در حوزه دینی با چالش اساسی مواجه است. نابرابری حقوقی موجود در بسیاری از احکام اسلامی مانع از آن است که کرامت را مبنای حقوق بدانیم و انسان‌ها بر مبنای کرامت از حقوق برابر برخوردار شوند.

از منظر بسیاری از اندیشمندان غربی، انسان‌ها در انسانیت و کرامت برابرند؛ زیرا اعطای حقوق بشر به انسان‌ها به‌خاطر انسان‌بودن، اعطای برابر کرامت را برای‌شان در پی دارد. بعضی تلاش‌ها برای تصحیح مبانی فکری اسلامی در راستای برابری حقوقی صورت می‌گیرد؛ اما مبانی اندیشه اسلامی نمی‌تواند برابری در حقوق را برتابد. در میان اندیشمندان اسلامی که در این عرصه در حوزه تساوی حقوق زن و مرد گام‌های جدی برداشته، محمداسحاق فیاض است؛ اما تلاش‌های ایشان نیز مسأله را به‌صورت جدی حل نکرده است و راه‌کار نهایی ارائه نمی‌کند و موضوع را به‌صورت موردی حل می‌کند؛ به‌عنوان مثال: ایشان بسیاری از حقوق زنان را در حکومت غیر دینی و عرف هم‌پای مردان تلقی کرده است. در نتیجه، در حکومت دینی هم‌چنان در حوزه حقوق زنان، آنان را نمی‌توان هم‌پای مردان در نظر گرفت (فیاض، ۱۱-۱۲). طبیعی است که نابرابری‌های حقوقی مانع از آن است که بتوان کرامت انسانی را مبنای حقوق و آزادی‌ها تلقی کرد که در همه انسان‌ها به‌عنوان یک امر هست‌انگار وجود دارد و دارای پیامدهای بایدانگار است.

برخی با این نگاه که نابرابری‌های حقوقی جزو ذاتیات اسلام نیست و صرفاً دین اسلام عرف و رویه عقلائی زمان صدر اسلام را امضا کرده و بیش‌تر احکام اسلام امضایی است، معتقدند نحوه معیشت، آداب، عرف اجتماعی و مقررات زمان پیامبر بهترین عرف و آداب ممکن نبوده

1. Roberto Andorno Human Dignity And Human Rights As A Common Ground For A Global Bioethics Journal Of Medicine And Philosophy (2009) (Forthcoming), University Of Zurich, Switzerland, Volume 40, Issue 5 October 2015 P. 6.

و بسیاری از نابرابری‌های حقوقی ناشی از همین احکام امضایی، آداب و عرف زمان پیامبر اکرم (ص) بوده است (سروش، ۱۳۸۵: ۳۴۱-۳۴۲). این دیدگاه در میان سنت‌گرایان به شدت طرد شده است و طرفداری ندارد؛ یعنی آنچه را عقلای زمان پیامبر پذیرفته بودند و برخی از آن‌ها را دین اسلام امضا کرده بود، به‌عنوان احکام ابدی تلقی کرده‌اند که زمان و مکان نمی‌شناسد.

۶-۲. کرامت ذاتی

از منظر مبانی فکری غرب مدرن، کرامت امری ذاتی است که قابل سلب نیست و در این تردیدی وجود ندارد. کرامت امری ذاتی است به این معنا که دایمی و غیر قابل سلب است. کرامت برای انسان یک وضعیت تصادفی یا ارزشی نیست که از وضعیت خاص افراد، یعنی پیری یا جوانی، مرد یا زن و سالم یا مریض بودن، ناشی شده باشد.^۱ در رویکرد دینی سنتی، انسان کرامت و شرافت ذاتی ندارد و عقیده، ایمان، جنسیت و آزادی منشأ کرامت و حقوق است، نه انسانیت انسان. در این رویکرد، انسان واقعی بیش از انسان صرف است و معیار حقوق و امتیاز شهروندی، ایمان و تقواست.^۲ در این دیدگاه، انسان‌های درجه‌یک که مسلمانان فرقه ناجیه‌اند، دارای احترام کامل‌اند و از تمامی حقوق و امتیازات برخوردارند. انسان‌های درجه‌دو که مسلمانان دیگر مذاهب اسلامی هستند، از برخی حقوق شرعی برخوردارند و از بسیاری امتیازات دینی محروم‌اند.^۳ انسان‌های درجه‌سه، یعنی اهل کتاب ذمی و کفار معاهد، از بیش‌تر حقوق بی‌بهره‌اند.^۴ انسان‌های درجه‌چهار، کفار غیر ذمی و کفار غیر معاهد، تقریباً هیچ‌گونه حق و حرمتی ندارند. گفته می‌شود که تهمت، غیبت، هجو نسبت به کفار و مشرکین مجاز است؛ یعنی کفار فاقد احترام‌اند. این رویکردهای فاقد معیارهای عقلانی با دلایل نقلی مثبت کرامت ذاتی انسان ناسازگار است (رحیمی‌نژاد، ۱۳۶۸: ۱۶۷). طبعاً این وضعیت نیازمند نگاه عمیق و همه‌جانبه است تا برخی از مشکلات فقهی مرتفع گردد.

1. Roberto Andorno Human Dignity And Human Rights As A Common Ground For A Global Bioethics Journal Of Medicine And Philosophy (2009) (Forthcoming), University Of Zurich, Switzerland, Volume 40, Issue 5 October 2015 P. 6. Top of Form

۲. این رویکرد از دقت و تأمل در آرا و نظرات برخی از فقها و اندیشمندان مسلمان به خوبی قابل استنباط است. برای نمونه: در این مورد جواهرالکلام فی شرح شرایع‌الاسلام، ج ۴۱ و معرفت و تجدد و معنویت، بحران دنیای متجدد قابل توجه است.

۳. به‌عنوان مثال: از دیدگاه عالمان شیعه، مسلمانان دیگر مذاهب اسلامی در مناصب دینی از قبیل ولایت امر، مرجعیت، قضاوت و شهادت فاقد شرایط لازمند.

۴. برای نمونه: شهادت و قضاوت آنان از منظر فقهای شیعه اعتبار ندارد. آنان حق درخواست قصاص یا اجرای حد قذف در مورد مسلمان را ندارند.

در رویکرد دینی دیگر، انسان دارای کرامت ذاتی تلقی شده است؛ اما انسان با ارتکاب جرم با اختیار خود آن را سلب می‌کند. با توجه به این‌که بیش‌تر اولاد آدم با داشتن آن همه نیروها، استعدادها و امتیازات از مراعات حقوق الهی و انسانی سر باز می‌زنند و منحرف می‌گردند و ظلوم، جهول، کنود، هلوع و ضعیف خوانده می‌شوند، معلوم می‌گردد که خداوند سبحان فقط زمینه ارزش و کرامت و شرافت را در انسان به وجود آورده است. به تعبیر روشن‌تر، همه نیروها و استعدادها مثبت که خداوند در انسان‌ها عنایت فرموده، مقتضی ارزش و کرامت و حیثیت است که مقتضی به وجود آمدن حق کرامت برای آنان باشد، نه این‌که در همه موقعیت‌ها و شرایط دارای شرف ذاتی و کرامت وجودی باشند. پس اگر انسانی در صدد هواپرستی و خودکامگی برآید و آن نیروها و استعدادها را در جهت اهداف پلید خود به کار گیرد، قطعی است که نه فقط حق کرامت و شرافت و احترام ذاتی ندارد؛ بلکه بدان جهت که مخل حیات و کرامت و آزادی دیگر انسان‌ها است، مجرم است و برای دفاع از حق کرامت و کرامت و حق آزادی باید کیفر ببیند (جعفری تبریزی، ۱۳۷۰: ۲۷۹). به‌طور کلی، در رویکرد تقلیل انسان‌های بد و پست در حد حیوان و سلب حرمت و کرامت انسانی از آن‌ها (مصباح یزدی، ۱۳۸۷: ۲۸۵) رهیافت اخلاقی با رهیافت حقوقی و فقهی با هم خلط شده و از آن چنین نگرشی به وجود آمده است. به‌صورت قطعی، این نگاه با رویکرد صحیح اسلامی و قرآنی از منظر حقوقی ناسازگار است که حتی در برخورد با کفار نیز از قسط، عدل و برخورد نیک سخن می‌گوید.

بنیاد اندیشه

در این نظریه، به‌مفهوم و مبانی فلسفی - عرفانی کرامت انسانی توجه نشده که ربطی به رفتار انسان ندارد و تفکیکی بین ذات و رفتار انسان به عمل نیامده است؛ بنابراین، آن دسته از آیات قرآن کریم که کافران و برخی دیگر انسان‌ها را به جهت استفاده ناصحیح از قوای تعقل، شنوایی و بینایی به حیوانات تشبیه کرده است، هرگز به‌معنای زایل شدن وصف کرامت ذاتی از آنان نیست. در واقع، این آیات نشان می‌دهد این قبیل انسان‌ها در فرایند تکامل حیات از مرحله حیات نباتی و حیوانی فراتر نرفته‌اند. «چنین آیاتی بیش‌تر ناظر به ناهماهنگی رفتار آنان با هدفی است که خداوند آدمیان را برای آن آفریده است. در واقع، چون هدف از خلقت جهان، انسان و تکامل انسانی است، آنان که به این هدف پشت پا می‌زنند، مورد نکوهش قرار می‌گیرند.» (نوبهار، ۶۱۳ و ۶۳۲)

به هر حال، حقوق به‌طور مستقیم از کرامت انسان ناشی می‌شود و امری نیست که از سوی

مقام یا مرجعی اعطا شده باشد. اگر حقوق بنیادین ارزش پیشینی است که در هر انسانی ذاتی است و هیچ‌کسی نمی‌تواند آن را از خود سلب کند،^۱ طبعاً در این دیدگاه عطیة الهی نخواهد بود و مشروعیت آن به‌صورت مستقیم ناشی از کرامت انسانی می‌شود. البته چون خداوند انسان را انسان خلق کرده، این امر موجب شده است که انسان از حقوقی برخوردار گردد.

۳. اصل حاکمیت قانون، اسلامی‌سازی یا برتری احکام اسلامی

اصل انسجام درونی قانونی اساسی در افغانستان محل تردید جدی است و بحث اسلامی‌سازی و حاکمیت قانون از مصادیق آن است که به‌نظر نویسنده، قانون اساسی هردو کشور به‌دلیل دو رویکرد اسلامی و غربی انسجام درونی ندارد. البته ناهماهنگی میان اسلامیت و دیگر موضوعات نیز در قانون اساسی هردو کشور قابل مشاهده است که بیش‌تر معلول دو نوع رویکرد و دیدگاه است. انسجام درونی قوانین از لوازم صیانت از حقوق شهروندان تلقی شده است و به تحقق مؤثر حقوق بنیادین کمک می‌کند و خود نیز ماهیت ابزاری دارد. انسجام در سطح خرد و درونی در برابر انسجام در سطح کلان و بیرونی بدان معنا است که این هنجارها در یک قانون انسجام داشته باشند و تناقض و تضادی در آن‌ها وجود نداشته باشد (ویژه، ۱۳۹۰: ۳۲۲). در این بخش با عنایت به این‌که ناسازگاری اصل حاکمیت قانون و اسلامی‌سازی از اهمیت زیاد برخوردار است. تأسیس اصل حاکمیت قانون از یک کشور تا کشور دیگر با مشکلات خاص روبه‌رو است و مهم‌ترین مشکل، ظرفیت‌نداشتن بافت حقوقی کشورها است؛ از این‌رو، همه کشورها مثل هم نیستند و باید برای اجرای اصل حاکمیت قانون در چارچوب یک دولت خاص مفهوم‌سازی شود. شکست حاکمیت قانون گاهی به‌دلیل فقدان فرهنگ حقوقی و مدنی مناسب است. به فرض که بپذیریم اصل حاکمیت قانون در افغانستان متفاوت از نوع غربی آن است، نمی‌تواند کارکردهای مورد نظر و عقلانی را در بسیاری موارد تأمین کند. وانگهی اصل حاکمیت قانون در قانون اساسی افغانستان به‌صورت کلی پدیده غربی است و با همان رویکرد کلان غربی با تفاوت‌های اندک پذیرفته شده است. فرض در این قسمت، ناسازگاری بین اصل حاکمیت قانون حتی به‌مفهوم شکلی با اسلامی‌سازی قوانین با رویکرد اسلام سنتی است.

1. Roberto Andorno Human Dignity And Human Rights As A Common Ground For A Global Bioethics Journal Of Medicine And Philosophy (2009) (Forthcoming), University Of Zurich, Switzerland, Volume 40, Issue 5 October 2015, P. 6.

۳-۱. ناسازگاری اصل حاکمیت قانون با اسلامی‌سازی و برتری احکام اسلامی

در این قسمت از پژوهش، سازگاری و ناسازگاری اصل حاکمیت قانون با اسلامی‌سازی قوانین، به‌ویژه قانون اساسی و برتری شریعت (به‌مفهوم اسلام تاریخی) در کشورهای موضوع پژوهش، بررسی شده است. فرضیه نویسنده آن است که بین آن‌ها سازش نمی‌توان برقرار کرد. پیش‌فرض تحقیق بر آن استوار است که اصل حاکمیت قانون، اسلامی‌سازی قوانین و برتری احکام اسلامی در قانون اساسی افغانستان مورد توجه قرار گرفته است. از سوی دیگر، در ماده‌های ۲، ۳، ۱۳۰، ۱۳۱ و ۱۴۹ قانون اساسی افغانستان، بحث اسلامی‌سازی قوانین مطرح شده است. در مقابل در مواد ۵، ۷۶، ۲۷، ۴۲، ۵۷، ۵۶، ۱۲۹ و ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان بر اصل حاکمیت قانون تأکید شده است. در هیچ‌یک از این مواد، قانون به‌مفهوم عام مورد نظر نیست؛ بلکه قانون به‌مفهوم خاص مورد توجه قرار گرفته است.

برتری اسلامی یا اسلامی‌سازی قانون اساسی و قوانین عادی پدیده‌ای است که از سال ۱۹۵۰ در سوریه آغاز و اخیراً در قانون اساسی ایران گنجانده شد؛ سپس با ظهور پدیده‌ای به‌نام «بهار عربی» مورد توجه قرار گرفت. پدیده اسلامی‌سازی قوانین اساسی یا برتری اسلامی نوعی نگرانی و ترس را در میان افراد روشنفکر و طرفداران حقوق مدرن موجب شده است. طبعاً این موضوع با اساسی‌سازی، مشروطیت و اصل حاکمیت قانون (از اهداف نظارت اساسی) نیز سازگاری ندارد.^۱ قانون مفهوم خاص خود را دارد که بر قواعد استنباطی قطعی و غیر قطعی فقهی و گاه کاملاً متضاد، صادق نیست؛ مگر در فرضی که با طی تشریفات و فرایند خاص، ساختار قانون را حایز گردد. طبیعی است اجرای قواعد فقهی با اصل حاکمیت قانون و قانونی‌بودن مغایرت دارد و با اهداف اصل قانونی‌بودن نیز سازگاری ندارد؛ چرا که مردم باید به‌صورت قطعی و شفاف بدانند که وظایف، حقوق و آزادی‌های آن‌ها چیست و مرزهای آن‌ها کجاست تا از نقض قانون خودداری و رفتارهای عادی خود را طبق قانون تنظیم کنند. طبیعی است با وجود ارجاع به احکام اسلامی به‌مفهوم سنتی، وضعیت‌های یادشده محقق نخواهد شد و مردم نخواهند دانست که چه کاری را انجام دهند و از انجام‌دادن چه کاری خودداری ورزند؛ در حالی که ثبات لازم در

1. dawood i. ahmed and tom ginsburg, constitutional islamization and human rights: the surprising origin and spread of islamic supremacy in constitutions, public law and legal theory working papers, university of chicago law school chicago unbound, paper no.477, Vol. 54:3 may 2014, p. 8.

مقررات فقهی وجود ندارد؛ مخصوصاً که مذاهب فقهی دیدگاه‌های متفاوت دارند. مقررات فقهی عناصر اصلی حاکمیت قانون را ندارد و یکی از آن‌ها تفکیک قواست. هم‌چنین از عناصر اصلی حاکمیت قانون به مفهوم ماهوی، وجود محدودیت‌های معین است که بر دولت تحمیل شود؛ مخصوصاً در ارتباط با حقوق شهروندان که مبنی بر مجموعه ارزش‌های معین است که به دقت تعریف شده‌اند.

از دیگر پایه‌های اصلی حاکمیت قانون، مکانیسم‌های تعریف‌شده و مشخص است که اجرای محدودیت‌ها را تضمین کند.^۱ به هر حال، مشروطیت، محدودیت بر دولت است که ضد حکومت خودکامه و استبدادی است که در چنین دولتی به جای قانون، اراده افراد دولتی حاکم است. اولین هدف حاکمیت قانون، حمایت از حقوق و آزادی‌های شهروندان است؛^۲ در حالی که با قرائت افراطی و اکثریت فقها چیزی به نام شهروندی شکل نمی‌گیرد تا حقوق شهروندی مطرح باشد. از طرفی جایگاه تعریف‌شده برای حاکم اسلامی با محدودیت‌های مبتنی بر اساسی‌سازی و مشروطیت ناسازگار است. البته از این جهت، قانون مشکل را حل کرده است؛ اما در درون جامعه و عملکرد و رویکرد مذهبی هنوز مشکل باقی است.

ماده‌های ۱۳۰ و ۱۳۱ قانون اساسی افغانستان، فقه حنفی و جعفری را منبع درجه دوم معرفی می‌کند و از طرفی، ماده‌های دوم و سوم قانون اساسی بر اسلامیت دولت افغانستان و مغایر نبودن تمامی قوانین با احکام و معتقدات اسلامی تأکید دارد و این دو با هم سازگاری ندارد. تا وقتی قانون باشد، نوبت به فقه نمی‌رسد که نظام افغانستان را از این جهت به سمت نظام سیاسی سکولار سوق می‌دهد^۳ و از طرفی، ماده‌های دوم و سوم قانون اساسی افغانستان نظام سیاسی را کاملاً اسلامی تلقی می‌کند. وانگهی ماده‌های متعدد قانون اساسی با دستاوردهای فقه سنتی سازگاری ندارد. از این جهت، از نظر هنجاری، نظم حقوقی افغانستان کاملاً سکولار خواهد بود، همانند تساوی حقوق زن و مرد (قانون اساسی افغانستان، ماده ۲۲)، منع مجازات‌های مغایر با کرامت انسانی، (همان، ماده ۲۹)، منع محدودیت آزادی جز با حقوق دیگران و مصالح عامه

1. Moamen Gouda, Islamic constitutionalism and rule of law: a constitutional economics perspective, Springer Science+Business Media New York 2012, Published online: 3 January 2013, p. 60.
2. Moamen Gouda, Islamic constitutionalism and rule of law: a constitutional economics perspective, Springer Science+Business Media New York 2012, Published online: 3 January 2013, p. 60.

۳. به فرض که قانون هم موجود نباشد، طبق ماده ۱۳۱ قانون اساسی، به احکام فقه حنفی مراجعه می‌شود؛ به شرطی که مغایر با عدالت نباشد؛ یعنی مراجعه به احکام فقهی و فتاوی مطلق نیست؛ آن‌گونه که در جمهوری اسلامی ایران در نبود قانون مطلق است.

(همان، ماده ۲۴) یا ماده‌ها شش و هفت قانون اساسی.^۱

قانون اساسی عملی در افغانستان نشان می‌دهد که نظام حقوقی و سیاسی افغانستان در سطح دولت سکولار است و در گذشته و حال، به جز زمان طالبان، احکام اسلامی به‌ویژه در قسمت مجازات‌های شرعی اجرا نشده است و نظام فعلی افغانستان نیز از این جهت در عمل سکولار است؛ گرچه بر اساس قانون اساسی رسمی و روی کاغذ، اصل حاکمیت قانون از این جهت دچار چالش جدی است.

به هر حال، حاکمیت قانون به‌مفهوم رومی- ژرمنی با احکام اسلامی (که مدون و مشخص نیست)، سازگاری ندارد؛ چون در نظام قانون نوشته، قسمت اعظم مقررات مدون است و به‌خصوص در حوزه حقوق جزا، اصل قانونی‌بودن جرایم و مجازات نیز مدون‌بودن قوانین جزایی را تقاضا دارد. با عنایت به این‌که نظم حقوقی دو کشور تابع نظام حقوقی رومی- ژرمنی است، احکام فقهی نامشخص و پراکنده و حتی متناقض نمی‌تواند قانون به‌مفهوم مدرن باشد. از این جهت، نظام حقوقی اسلام شبیه کامن‌لاست؛ به اضافه آن‌که تا وقتی حکم قانون باشد، نوبت به احکام فقهی نمی‌رسد.

احکام اسلامی (با برداشت سنتی) که مغایر با حقوق و آزادی‌های اساسی شهروندان باشد، مغایر با اصل حاکمیت قانون به‌مفهوم ماهوی است؛ چون لازمه حاکمیت قانون با این برداشت، تضمین حقوق و آزادی‌ها است. اساساً هدف نهایی از برداشت ماهوی از حاکمیت قانون، پیش‌گیری از استبداد و خودکامگی و تضمین حقوق و آزادی‌ها است (راعی و عطریان، ش ۱، ۱۲۷-۱۲۸). بسیاری از مقررات اسلامی (در فقه سنتی)، اختیاراتی را برای حاکم اسلامی برشمرده است که زمینه استبداد و خودکامگی را فراهم می‌کند. قابل پیش‌بینی بودن برخوردهای مبتنی بر قانون و ثبات آن از اوصاف اصلی قانون است که تضمین حقوق و آزادی‌ها را امکان‌ناپذیر می‌سازد. در دیدگاه اسلامی، برتری از آن شریعت است، نه قانون و حقوق موضوعه. در نتیجه، حاکمیت قانون به‌مفهوم مدرن امریکایی و اروپایی در آن وجود ندارد.

۱. در ماده ششم قانون اساسی افغانستان آمده است: «دولت به ایجاد یک جامعه مرفه و مترقی بر اساس عدالت اجتماعی، حفظ کرامت انسانی، حمایت حقوق بشر، تحقق دموکراسی، تأمین وحدت ملی، برابری بین همه اقوام و قبایل و انکشاف متوازن در همه مناطق کشور مکلف است.» ماده هفتم: «دولت منشور ملل متحد، معاهدات بین‌الدول، میثاق‌های بین‌المللی که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه جهانی حقوق بشر را رعایت می‌کند...»

۲-۳. تئوری حاکمیت قانون به مفهوم مدرن و چالش آن در افغانستان

ممکن است گفته شود اصل حاکمیت قانون با برداشت غربی آن در شریعت وجود ندارد؛ اما حاکمیت قانون با برداشت اسلامی در افغانستان وجود دارد. در این فرض باید گفت کارکردهای اصل حاکمیت قانون و مشروطیت به مفهوم غربی، در جوامع اسلامی شکل نخواهد گرفت و از آثار مطلوب آن بهره‌مند نخواهد شد. قسمت عمده قواعد اساسی پذیرفته شده در قانون اساسی افغانستان ماهیت غربی دارد و از این جهت نمی‌توان گفت که اصل حاکمیت قانون (که از اصول غربی است) در افغانستان به مفهوم غربی نخواهد بود. در حوزه حقوق خصوصی، احکام اسلامی سیطره دارد؛ اما در حوزه حقوق عمومی، اکثریت قریب به اتفاق قواعد ماهیت غربی دارد و بیش‌ترین ره‌آورد اصل حاکمیت قانون و مشروطیت در حوزه حقوق عمومی است. به عبارت دیگر، پلورالیسم حقوقی در افغانستان با سیطره حقوق مدرن بر حقوق عمومی، ادعای اصل حاکمیت قانون به مفهوم اسلامی و بومی را با شک و تردید جدی مواجه می‌سازد. اساساً مشروطیت به مفهوم مدرن پدیده‌ای غیر اسلامی است که کارکردهای عقلایی و متناسب با زمان دارد؛ همانند ایجاد تعادل میان قوای سه‌گانه، تضمین حقوق و آزادی‌های اساسی، حمایت از حقوق اقلیت و حقوق زنان، تکثرگرایی، تحکیم دموکراسی، پیش‌گیری از استبداد و خودکامگی. مفهوم مدرن این امور قابل برداشت از قواعد اسلامی نیست و برداشت اسلامی آن‌ها یا وجود ندارد یا با تردید جدی روبه‌رو است.

برخی معتقدند اصل حاکمیت قانون به مفهوم غربی آن در افغانستان وجود ندارد؛ چون در مفهوم غربی، قانون باید مستقل از مذهب بوده و سکولار باشد؛ اما به مفهوم اسلامی وجود دارد؛ زیرا شریعت، حقوق افراد را شبیه غرب پذیرفته است.^۱ سنت حاکمیت قانون به مفهوم اسلامی که در آن، برتری احکام اسلامی، مراجعه به فتاوی فقها، وجود مجازات‌های مغایر با کرامت انسانی و نفی کرامت ذاتی انسان باشد، نمی‌تواند کارکرد مطلوب داشته و تضمین‌کننده حقوق و آزادی اساسی باشد. در نتیجه، در عصر مدرن کارآمدی ندارد؛ زیرا فقه سنتی، حقوق نیست؛ بلکه تاریخ حقوق است و با وضعیت موجود به هیچ عنوان پاسخ‌گوی نیازها نخواهد بود. از سوی دیگر، اصل حاکمیت قانون به معنای بومی آن نیز در عمل وجود ندارد.

1. Dana Cook-Milligan, What Is Really So Bad About A Different Rule Of Law?: The Afghan Legal System Reanalyzed, Hastings Constitutional Law Quarterly, Vol. 41:1, Fall 2013, Pp. 205234-, P. 232.

حاکمیت قانون و نقش قانون اساسی، پایه مبانی نظری پژوهش و ایده دادرسی اساسی از نوع کلسنی است. حاکمیت قانون اساسی و صیانت از آن، در دکترین حقوقی نظارت اساسی کلسن اهمیت زیادی دارد. از نظر کلسن، نظریه محض حقوقی، متناسب با اصل حاکمیت قانون است؛^۱ زیرا محافظت از حاکمیت قانون در نظامی از هنجارهای حقوقی که قانون اساسی در رأس آن قرار دارد، ایده اصلی دکترین کلسن را تشکیل می‌دهد تا نظام سلسله‌مراتب هنجارها حفظ و از نقض قانون اساسی پیش‌گیری شود. به عبارت دیگر، دکترین سازمان‌دهی سلسله‌مراتب نظام حقوقی و در نظر گرفتن قانون اساسی به‌عنوان هنجار برتر، با تفسیر جدید از تفکیک سنتی کارکردهای قوای سه‌گانه ارتباط می‌گیرد و این دکترین بر کنترل قوای سه‌گانه از سوی نهاد برتر بر آن‌ها نیز تأکید دارد.

از سوی دیگر، قانون اساسی پایه و اساس یکپارچگی دولت است و ابزاری برای کامل کردن انقیاد قدرت به قانون است. به عبارت دیگر، برتری قانون اساسی از دیدگاه کلسن بر دیگر منابع حقوقی، هم با تکمیل انقیاد قدرت به قانون و هم با نظم خاص تفکیک قوا، مرتبط و بر آن‌ها تأثیرگذار است.^۲ اساساً کلسن طرفدار این باور بود که برتری قانون از عناصر وابسته به دموکراسی است.^۳ وانگهی پلورالیسم حقوقی در افغانستان، وجود اصل حاکمیت قانون به برداشت اسلامی را هم با سؤال مواجه می‌سازد؛ به‌خصوص که در افغانستان فقه و احکام اسلامی طبق ماده‌های ۱۳۰ و ۱۳۱ منبع درجه‌دوم و قانون منبع درجه یک محسوب می‌شود و برتری با احکام شرعی نیست؛ به‌ویژه طبق ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان، احکام فقه حنفی به‌عنوان منبع درجه‌دوم به‌شکل مطلق پذیرفته نشده است؛ بلکه باید تأمین‌کننده عدالت نیز باشد. پس اولاً، منبع اصلی نیست و منبع فرعی است و از طرفی، منبع فرعی بودن آن نیز مطلق نیست. بر اساس اراده الهی، تمامی انسان‌ها و حکومت‌های انسانی تابع قانون الهی هستند؛ اما اراده الهی در قالب قانون مدون و مشخص نسبتاً پایدار وجود ندارد و برداشت‌های مذاهب بسیار متفاوت

1. Lars Vinx, Hans Kelsen's Pure Theory Of Law: Legality And Legitimacy, Published To Oxford Scholarship Online: January 2009, P2.
2. Giorgio Bongiovanni, Rechtsstaat And Constitutional Justice In Austria: Hans Kelsen's Contribution, P. Costa and D. Zolo (eds.), The Rule of Law: History, Theory and Criticism, 2007, Springer, law and philosophy library volume 80, 2007, pp. 293319-, p. 304.
3. Giorgio Bongiovanni, Rechtsstaat And Constitutional Justice In Austria: Hans Kelsen's Contribution, P. Costa and D. Zolo (eds.), The Rule of Law: History, Theory and Criticism, Springer, law and philosophy library volume 80, 2007, pp. 293319-, p. 308.

و ناسازگار با هم است. این برداشت‌ها طیف‌های سکولار تا خیلی افراطی را شامل می‌شود. وانگهی کشف اراده الهی با متن‌محوربودن و دخالت انسان‌ها در متن‌های قدیمی بسیار دشوار است. تفاوت دیدگاه‌ها و برداشت‌ها نوعی ابهام و عدم قطعیت در قوانین الهی را موجب خواهد شد و کارکردهای اصلی حاکمیت قانون را به کلی زیر سؤال می‌برد و مردم را با تزلزل حقوقی در زندگی مواجه خواهد کرد.

برخی معتقدند وضعیت کشورهای اسلامی، از جمله افغانستان، از منظر اصل حاکمیت قانون شبیه صد سال پیش اروپای بری است که با عقب‌نشینی از افکار و ارزش‌های سنتی و محافظ‌کارانه، به تدریج، ارزش‌های مدرن؛ از قبیل برابری حقوق زن و مرد، نفی تبعیض و رأی همگانی را پذیرفتند.^۱ در کشورهای اسلامی، پیشرفت مردم و آگاهی آنان این روند را خود به خود بر سنت‌ها تحمیل می‌کند. روند صعودی فتاوی فقها در پذیرش حقوق زنان و اقلیت‌ها نیز گویای این واقعیت است؛ چنان‌که واقعیت‌های جوامع اسلامی هر روز فقها را به عقب‌نشینی وادار می‌کند؛ از همین رو، برخی فقها در حکومت‌های عرفی، تمامی مناصب سیاسی را برای زن مجاز اعلان کرده‌اند (فیاض، صفحات مختلف). این‌گونه برخوردهای موردی، مشکلات حقوقی جوامع اسلامی را به صورت ریشه‌ای حل نمی‌کند و باید فکر اساسی‌تر کرد. هم‌چنین «اسلامی‌سازی قوانین اساسی» در کشورهایی مثل افغانستان، برخلاف تجربه اسلامی‌سازی در ایران، به دلیل مشکلات و موانع چند سویه، در عمل محقق نشده است. نظام سیاسی در عمل سکولار است؛ اما مشکل هم‌چنان به صورت اساسی و ریشه‌ای باقی است؛ چرا که هر از گاهی تنش‌هایی را در سطح اندیشه موجب می‌شود. البته موضع مذهبی‌ها در افغانستان به دلیل حضور جامعه جهانی و رشد فکری مردم، روز به روز تضعیف شده و در عراق نیز مرجعیت عملاً نشان داده است که با توجه به تجربه ایران و استنباطات فقهی به حکومت غیر دینی تمایل دارد. در نتیجه، از منظر عملی، از جهت اسلامی‌سازی و برتری شریعت در کشورهای موضوع تحقیق، چالش جدی احساس نمی‌شود.

1. The Rule of Law and Constitutionalism in Muslim Countries, Jerg Gutmann, Institute of Law & Economics, University of Hamburg, Stefan Voigt, Institute of Law & Economics, University of Hamburg and CESifo, p. 22.

۴. دیدگاه اسلام سنتی در مورد حاکم اسلامی و حاکمیت مردم

برای دارندهٔ عنوان‌هایی مانند «ولایت فقیه» یا «امیرالمؤمنین» و واژه‌های مشابه در فقه سیاسی اختیاراتی بسیار گسترده پیش‌بینی شده است که با اصل حاکمیت قانون، مشروطیت و تفکیک قوا سازگاری ندارد. در مفهوم بسیط و سادهٔ اصل حاکمیت قانون، حاکمیت قانون^۱ در برابر حاکمیت انسان^۲ قرار دارد. در حاکمیت انسان، تصمیم‌گیری بر اساس میل و ارادهٔ متغیر حاکم خواهد بود؛ در حالی که بر اساس نظریهٔ حاکمیت قانون، تصمیم‌گیری مبتنی بر قانون مصوب پارلمان یا دیگر مراجع ذی‌صلاح است. در فرض برتری و حاکمیت احکام اسلامی، این‌گونه مسائل هم مطرح خواهد شد که نقش دارندهٔ این عنوان‌ها همانند شاه خواهد بود که در این فرض، کارکردهای تضمین حقوق شهروندی بی‌معنا خواهد بود؛ زیرا برداشت‌های فقیه یا امیرالمؤمنین از دین ممکن است نادرست باشد. از طرف دیگر، یکی از عناصر اصلی مشروطیت و اصل حاکمیت قانون، وضع محدودیت‌های معین بر مقامات دولتی و شخص اول کشور و اجرایی شدن آن‌ها است که با اختیارات گستردهٔ پادشاه، ولی فقیه و امیرالمؤمنین بی‌معنا خواهد بود.

مفهوم قدرت خودسرانه و دغدغهٔ مهار آن از دیرباز در قالب مفاهیمی چون حکومت عقل و حکومت قانون در ادبیات، فلسفهٔ سیاست و فلسفهٔ حقوق مورد بحث قرار گرفته است. شاید بتوان گفت در سنت فلسفهٔ سیاسی غرب، حکومت خودسرانه شکل خاصی از یک حکومت غیر عقلانی تعریف شده است. یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های این حکومت، بی‌اعتنایی به قوانین برخاسته از اصول عقلانی بشری و تمایل به حاکمیت ارادهٔ فردی است که چه‌بسا در قالب قانون ظاهر گردد. حکومت خودسرانه دارای ویژگی‌هایی است که مهم‌ترین آن ویژگی‌ها عبارتند از:

۱. حکومت خودسرانه در خدمت تحقق ارادهٔ نامحدود حاکمان قرار دارد؛
۲. حکومت خودسرانه با موارد یکسان به‌نحو برابر برخورد نمی‌کند؛
۳. حکومت خودسرانه قابل پیش‌بینی نیست؛ به‌نحوی که نمی‌توان حقوق و تکالیف شهروندان را در این نظام حکومتی تعریف و معین کرد.

به اعتقاد برخی، «پاک‌سازی و تندروی‌های اوایل دههٔ ۱۹۸۰ و اواخر همان دهه، حامیان و آرزومندان «عدالت اسلامی» ایرانی را دچار تردید جدی کرد. [در نظر بعضی ایرانیان،] «حکومت

1. Rule Of Law.
2. Rule Of Man.

سلطنتی» جای خود را به «حکومت روحانیون» داده و فقط بازیگران و فعالان سیاسی عوض شده بودند...» (جان و جان، ۱۳۹۲: ۱۴۳). اساساً قرائت‌های رسمی از دین، به‌ویژه در میان شیعیان، زمینه مشارکت سیاسی در رأس قدرت را محدود یا حتی ناممکن می‌سازد و ولایت سلطان عادل یا فقیه عادل و انحصار قدرت در دست آنان، دموکراسی را در رأس هرم قدرت با مانع فکری و عملی روبه‌رو می‌سازد. این در حالی است که بر مبنای گوهر دین که عقلانیت یکی از مؤلفه‌های اصلی آن است، به اراده جمعی احترام می‌گذارد و حق حاکمیت از آن توده مردم است و اختصاص به گروه خاص ندارد.

۴. اعمال حکومت خودسرانه فاقد منطق حقوقی است؛ یعنی در حکومت دینی ممکن است که اعمال حاکمیت بدون منطق و پشتوانه حقوقی و عقلی صورت گیرد که در فرض مذکور، نقض حقوق و آزادی‌ها بسیار محتمل است.

با توجه به این مطالب می‌توان گفت حکومت خودسرانه مغایر با آموزه‌های اصل برابری و حاکمیت قانون است؛ چرا که در دولت قانون‌مدار تمامی مقام‌ها و نهادهای سیاسی، از جمله پارلمان، باید تابع قواعد حقوقی ویژه باشند و هیچ‌یک از مقام‌ها و نهادهای سیاسی حق تحدید حقوق و آزادی‌های بنیادین را جز در چارچوب آیین‌های خاص و پیش‌بینی‌شده در قوانین ندارند؛ بدین ترتیب، ملاک ارزیابی خودسرانه‌بودن یا تبعیت از حاکمیت قانون، ارزش‌ها و اهداف ذهنی حاکم است.

اختیارات گسترده ریاست جمهوری در افغانستان، اصل حاکمیت قانون را با چالش جدی روبه‌رو کرده است و نهادهای ناظر اگر هم عملکرد مناسب داشته باشند، ابزارهای چندانی برای مهار رئیس جمهوری ندارند؛ چون دقیقاً رئیس جمهوری جای‌گزین شاه شده است. به هر حال، فلسفه پیدایش مشروطه‌خواهی، محدودیت اختیارات شاه و امثال او به قانون است که با اجرای برخی مفاهیم فقهی محقق نخواهد شد.

دولت‌گرزی به این درک رسیده بود که نمی‌تواند کاملاً اسلام را نایده بگیرد و از طرفی، به جامعه جهانی تعهد سپرده بود که به وضعیت طالبانی نباید برگردد. به همین دلیل، برخورد با پدیده اسلامی‌سازی، کاری بس ظریف و دشوار است و مقامات حکومت سعی کرده‌اند از مواجهه مستقیم با این موضوع پرهیز کنند. قانون اساسی اختیارات دولت را محدود و حقوق و آزادی‌های

افراد را تضمین می‌کند. این سند، قانون برتر است که مبتنی بر مسئولیت دولت، اصل حاکمیت قانون و شفافیت، جامعه باز و آزاد را فراهم می‌کند. مشروطیت تمایل به اصل حاکمیت قانون را نشان می‌دهد؛ در مقابل حاکمیت از طریق رأی مستبدانه و اوامر مقامات عمومی. در این تعریف از مشروطیت بر اهمیت محدودیت اختیارات مقامات تأکید شده است.^۱ در نتیجه در نظام سیاسی جدید و مبتنی بر مشروطیت، استبداد و خودکامگی که در اسلام تاریخی و سنتی ممکن است بستر آن‌ها فراهم باشد، منتفی است.

۵. اصل حاکمیت قانون، شرط تضمین حقوق بشر و آزادی‌های اساسی

در قانون اساسی کشورهای موضوع تحقیق، حقوق بشر و شهروندی با قرائت غربی پذیرفته شده است. در قوانین این کشورها هیچ قانونی نمی‌تواند مغایر با احکام اسلامی باشد و دولت مکلف به حمایت از کرامت انسانی و حقوق بشر شده است. اسلامیت نظام و مجازات‌های مغایر با کرامت انسانی با حقوق بشر و شهروندی مدرن مغایرت دارد. در قانون اساسی افغانستان آمده است: «تعیین جزایی که مخالف کرامت انسانی باشد، ممنوع است.» (قانون اساسی افغانستان، ماده ۲۹). این امر صراحتاً با رویکرد غربی به کرامت انسانی در قانون اساسی ذکر شده است. از طرف دیگر، دولت در ماده ششم قانون اساسی مکلف به حمایت از حقوق بشر و کرامت انسانی شده است. نویسنده معتقد است حقوق بشر در این جا به معنای غربی و جهانی آن مورد نظر است و در اسلام با قرائت رسمی و سنتی چیزی به نام حقوق بشر و شهروندی نمی‌تواند شکل گیرد. از طرفی، برخی فقها برای برخی انسان‌ها نه کرامت قائلند و نه حقوق انسانی. به نگاه برخی، «ظاهراً آیه شریفه «لقد کرمننا» این است که در مقام بیان برتری قوا و استعدادهای وجودی انسان نسبت به سایر موجودات است، نه این که بخواهد حقی را برای انسان اثبات نماید.» (مصباح یزدی، ۱۳۸۷: ۲۲۸ و ۲۸۴). برخی دیگر نیز «تن دادن به «نظام اسلامی و انسانیت انسان»، یعنی ترکیب این دو، را منشأ سلسله حقوق تلقی می‌کنند.» (همان، ۳۰۰): وقتی گفته می‌شود: «انسانی که از دایره بندگی خداوند خارج گردد، پست‌تر از حیوان خواهد بود و دیگر دارای کرامت احترام نیست.» (همان، ۲۸۸)؛ حال آن‌که کرامت انسانی در ذات انسان وجود دارد و ذاتی بودن نیز اقتضا دارد که در هر انسانی وجود داشته باشد.

1. Louise Olivier, Constitutional Review And Reform And The Adherence To Democratic Principles In Constitutions In Southern African Countries, Open Society Initiative For Southern Africa 2007, P. 6.

بسیاری از اندیشمندان، اصل حاکمیت قانون را مهم‌ترین ابزار و پیش‌شرط تحقق حقوق بشر تلقی کرده‌اند.^۱ از طرفی، اصل حاکمیت قانون از کارکردهای مهم دادرسی اساسی تلقی شده است. حاکمیت قانون، به‌ویژه قانون اساسی، بدون دادرسی اساسی معنای خود را از دست خواهد داد و از مؤلفه‌های مهم سنت مشروطیت و حاکمیت قانون به‌مفهوم مدرن، وجود دادرسی اساسی است. از سوی دیگر، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی هم مبنای حاکمیت قانون است و هم از پیامدهای حاکمیت قانون، تضمین حقوق بشر است. مبنای حاکمیت قانون مقوله حقوق بشر است. حقوق بشر امروزی، قالب مدرن و تکامل‌یافته حقوق طبیعی محسوب می‌شود و به‌معنای مجموعه حقوقی است که باید برای هر فرد، سوای تعلقات نژادی، مذهبی، قومی و جنسیتی به رسمیت شناخته شود. نظریه حاکمیت قانون به‌دنبال تضمین اعمال حقوق شهروندان از طریق طراحی سازوکارهای قابل اطمینان و باثبات است که بدین ترتیب، حاکمیت قانون یکی از تضمین‌های اعمال حاکمیت حقوق بشر محسوب می‌شود (مرکز مال‌میری، ۱۳۸۵: ۹۲). «تضمین حقوق و آزادی‌ها- که از اهداف مشترک دو ایده حاکمیت قانون و قانون اساسی‌گرایی است- تا حدود زیادی به تنظیم آن‌ها در قانون اساسی بستگی دارد. بیتام معتقد است اعمال آزادی‌ها تنها در صورتی تضمین می‌شود که به‌عنوان مجموعه‌ای از حقوق فردی در یک منشور مبتنی بر قانون اساسی تدوین شود.»^۲ در مقدمه اعلامیه جهانی حقوق بشر آمده است: «اساساً حقوق انسانی را باید با اجرای قانون حمایت کرد تا بشر به‌عنوان آخرین علاج به قیام بر ضد ظلم و فشار مجبور نگردد.» هم‌چنین برخی معتقدند که ایجاد هر یک از ایده‌های حقوق بشر، اصل حاکمیت قانون و دموکراسی، به تأسیس و اجرای اتوماتیک دیگر ایده‌ها می‌انجامد.^۳ نویسنده معتقد است این فرضیه، به‌ویژه در کشورهای پساتعارض با دموکراسی‌های تازه‌تأسیس، قابل اثبات است؛ چرا که

۱. امیر ارجمند، اردشیر، حاکمیت قانون، شرط تحقق بشر، سلسله‌مراتب منابع حقوقی و نظارت قضایی، بی‌جا، بی‌نا. «بانو سیما سمر [رئیس کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان] حاکمیت و تطبیق قانون را به‌ویژه در اجرائات نهاد‌های عدلی، مهم‌ترین لازمه و پیش‌شرط تأمین عدالت و حقوق بشر خواند و اضافه کرد به هر میزانی که فعالیت‌ها و عملکرد نهاد‌های مزبور قانون‌مند و مبتنی بر موازین حقوق بشر گردد، به همان پیمان، رسیدن به وضعیت مطلوب حقوق بشر آسان‌تر می‌شود. وی هم‌چنان ادامه داد: «عملی سازوکارهای قانونی حمایت از حقوق بشر می‌تواند به توسعه پایدار حقوق و آزادی‌های شهروندی کمک و اطمینان لازم برای حمایت از پیشرفت حقوق بشر را به وجود آورد.»

http://www.aihrc.org.af/home/daily_report/438

۲. همان، ص ۱۲۸.

See Beetham, D. "Freedom as the Foundation", *Journal of Democracy*, Vol. 15, Number 4, October 2004, pp. 6263...

3. Howa, Michelle K. Implications for Peace_building: Human Rights, the Rule of Law, and Democracy, Willy Brandt School of Public Policy, University of Erfurt, p2. <https://www.scribd.com>.

با وجود اجرای قانون می‌توان از قیام و شورش پیش‌گیری کرد تا کشور خلاصی یافته از تعارض دوباره سراغ آن نرود. کاهش انواع فساد، رانت، قتل و غارت نیز با حاکمیت قانون حاصل خواهد شد. حاکمیت قانون خوب، استبداد، خودکامگی، خودسری و انواع ظلم را کاهش خواهد داد که خود به تضمین حقوق بشر و آزادی‌های اساسی منجر خواهد شد. این روش باعث خواهد شد که اعتماد شهروندان به دست آید و مردم از اعتصاب، شورش، نافرمانی و جنگ خودداری کنند که خود به حاکمیت قانون و تضمین حقوق و آزادی‌ها کمک می‌کند. یکی از مبانی اصلی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، رعایت و احترام حقوق فردی است که در دیدگاه لیبرالیسم و اومانیسم امر محوری و اساسی است. هر چیزی که به حفظ حقوق افراد و صیانت از آن منجر شود، لازم است اجرایی گردد؛ همانند تفکیک قوا، اصل حاکمیت قانون، شفافیت، تضمین حقوق شهروندان در قانون اساسی و امثال آن. طبعاً در این راستا اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها همانند دیگر موارد از حقوق و امنیت افراد صیانت می‌کند.

حفظ حقوق افراد یکی از دلایل ضرورت اصل قانونی بودن است. افراد جامعه اگر بدانند چه عملی جرم است و مجازات دارد، با فراغ بال بیش‌تری وارد فعالیت‌های مختلف اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی خواهند شد؛ اما اگر ندانند، احتیاط و محافظه‌کاری پیشه می‌کنند و برای دوری از پیامدهای احتمالی عمل خود کم‌تر به فعالیت می‌پردازند. در پرتو این اصل، مطمئن می‌شوند تا وقتی مرتکب جرم مصرح در قانون جزا نشده‌اند، تحت تعقیب قرار نخواهند گرفت و می‌دانند این اصل مانع خودکامگی قاضی در صدور حکم مجازات خواهد شد (میلانی، ۱۳۸۶: ۷۲-۷۳).

به نظر جان رالز، میان دموکراسی‌های مبتنی بر قانون اساسی^۱ و دموکراسی‌های رویه‌ای^۲ تفاوتی جوهری وجود دارد؛ به این صورت که در اولی، حقوق و آزادی‌های مردم، به‌ویژه اقلیت‌ها، به رسمیت شناخته و به آن احترام گذاشته می‌شود. به نظر رالز، در دموکراسی‌های مبتنی بر قانون اساسی، انتظار عمومی شهروندان در زمینه اعمال حقوق و آزادی‌های‌شان اولاً، به تضمین روشن این حقوق و آزادی‌ها در قانون اساسی و ثانیاً، به فهم روشن شهروندان از موضوعاتی هم‌چون ماهیت حقوق‌شان، رابطه خود با دولت و چگونگی اعمال آن حقوق و ثالثاً،

1. Constitutional democracy.

2. Procedural democracy.

به نظارت بر عملکرد قضات در چگونگی استناد و تفسیر ارزش‌های مندرج در قانون اساسی در دادگاه‌ها بستگی دارد. این سه پیش‌نیاز صرفاً در دموکراسی‌های مبتنی بر قانون اساسی قابل تحقق است (مرکز مالمیری، ۱۳۸۵: ۱۲۸).

۶. اصل قانونی‌بودن و مرجعیت احکام شرعی

وقتی اصل قانونی‌بودن در کنار منبع اصلی قواعد شرعی (در برداشت اسلام سنتی) قرار داده شود، قابل جمع نیست؛ چرا که بر مبنای قانونی‌بودن و استناد به قانون، منبع درجه یک و اصلی خواهد بود که نوبت به اصول و قواعد شرع نمی‌رسد. طبعاً این موضوع با اساسی‌سازی، مشروطیت و اصل حاکمیت قانون نیز سازگاری ندارد.^۱ اصل حاکمیت قانون اقتضا دارد همه چیز در قانون بیان شود و قانون منبع اصلی تلقی گردد و اگر قانون با شرع انطباق داده شود یا شرع منبع اصلی باشد، اصل حاکمیت قانون و هدف مشروطیت تأمین نخواهد شد. این تعارض و ناسازگاری بدان دلیل است که اصل قانونی‌بودن از حقوق عرفی گرفته شده است که ریشه غربی دارد؛ در حالی که منبع اصلی‌بودن شرع از اسلام سنتی گرفته شده است. در نتیجه، دو اصل با دو خاستگاه متفاوت و ناسازگار پیامدهای متفاوت با هم دارند. از طرفی، ممکن است میان شریعت و قوانین مدنی و کیفری ناسازگاری باشد که خود، معضلی دیگر است که قانون اجرا شود یا احکام شرعی. مواد ۱۳۰ و ۱۳۱ قانون اساسی افغانستان احکام فقهی را منبع دوم ذکر کرده است، نه به‌عنوان منبع اصلی و درجه اول. در عراق، احکام اسلام منبع اساسی قانون‌گذاری محسوب شده است. منبع اساسی‌بودن با اصل حاکمیت قانون تعارض دارد. طبعاً در جامعه‌ای که اصل حاکمیت قانون تضمین نشده باشد، حقوق و آزادی‌های مردم همواره در معرض خطر خواهد بود. از طرفی، وضع قانون مغایر با احکام ثابت اسلامی نیز در عراق منع شده است (قانون اساسی عراق، مصوب ۲۰۰۵: ماده اول). از طرفی، فتاوا دایماً در حال تغییر است و این امر با اصل حاکمیت قانون نیز ناسازگار خواهد بود و روابط حقوقی مردم را متزلزل خواهد کرد؛ چون همه چیز از پیش معین نیست.

به هر حال، قواعد و مقررات فراقانونی یا اختیارات و صلاحیت‌های فراقانونی مغایر با اصل

1. Dawood I. Ahmed And Tom Ginsburg Constitutional Islamization And Human Rights: The Surprising Origin And Spread Of Islamic Supremacy In Constitutions, public law and legal theory working papers, university of chicago law school chicago unbound, paper no.477, Vol. 54:3 may 2014, P. 8.

حاکمیت قانون و محدودیت قدرت به قانون و مشروطیت است؛ چنانکه صلاحیت‌های ولی فقیه فراتر از قانون اساسی در ایران در یک برداشت، مغایر با مشروطه‌خواهی است. اساساً در حقوق عمومی در نظم‌های حقوقی تابع خانواده بزرگ رومی-ژرمنی، اصل بر عدم صلاحیت است؛ مگر قانون خلاف آن تصریح کرده باشد. یکی از عوامل مهم این قاعده، حفظ حقوق و آزادی‌های مردم در حقوق عمومی است؛ چنانکه در حقوق خصوصی، اصل بر صلاحیت است؛ مگر خلاف آن ثابت شود.

عدم مغایرت قوانین با معتقدات اسلامی در قانون اساسی افغانستان گنجانیده شده که از جنس باور و عقیده است. عقاید اسلامی عرصه‌های متفاوت را شامل می‌شود که نه نوع آن و نه مرجع ذی‌صلاح در این باره معین نیست. بر فرض هم اگر دادگاه عالی مرجع باشد، از نظر دینی مشروعیت لازم را ندارد و از نظر متدینان به حد کافی اسلامی و مشروع نیست. از سوی دیگر، نادیده گرفتن ارزش‌های اسلامی در جامعه اسلامی نیز ممکن نیست. در این میان، حقوق مدرن با بسیاری از ارزش‌های اسلامی با برداشت سنتی سازگاری ندارد و تعارض بین سنت و مدرنیته در این نقطه به شدت ملموس و مشهود خواهد بود. قوه مؤسس افغانستان هم به همین دلیل نتوانسته است موضعی شفاف در برابر حقوق مدرن و اسلامی در پیش بگیرد و طبعاً در بزنگاه‌های حقوقی و سیاسی دچار نوعی سردرگمی است. جامعه افغانستانی نیز در این حوزه یکدست نیست و گرایش‌ها کاملاً متفاوت است؛ به خصوص که سنت‌ها هنوز در جامعه افغانستان، به‌ویژه در میان برخی اقوام، به شدت رسوخ دارد و تغییر آن‌ها به آسانی امکان‌پذیر نیست. میزان وفاداری به سنت‌های اسلامی نیز یکسان نیست و به همین دلیل، در مواد قانون اساسی دو رویکرد کاملاً متفاوت مشاهده می‌شود. مرجعیت احکام اسلامی متفاوت و متعارض نیز مغایر با حاکمیت قانون، به‌ویژه قانون اساسی، به‌عنوان هنجار برتر است. هم‌چنین در افغانستان سنت نظارت اساسی برای انطباق قوانین با اسلام سنتی وجود ندارد.¹ از سوی دیگر، در سطح تعارض هنجاری نیز نظریه‌های گوهر و عرضی دین و اسلام غایت‌مدار راه‌حل رفع تعارض میان حقوق دینی و مدرن تلقی شد.

1. democracy and islam in the new constitution of afghanistan khaled m. abou el fadl, said arjomand, nathan brown, jerrold green, donald horowitz, michael rich, barnett rubin, birol yesilada cheryl bernard, nina hachigian, editors, center for asia pacific policy conference proceedings, published 2003 by rand, p. 5.

نتیجه‌گیری

اصل حاکمیت قانون به مفهوم ماهوی با ارزش‌های اخلاقی، همانند، عدالت، آزادی، برابری، کرامت انسانی و تضمین بنیادین حقوق و آزادی‌های اساسی، رابطه ناگسستنی دارد. اساساً در حقوق مدرن از کارکردهای مهم حاکمیت قانون، تضمین حقوق بشر و آزادی‌های اساسی است. برقراری ارتباط میان اصل مزبور و حقوق بشر در اسلام تاریخی و فقه سنتی کاری است بس دشوار. مسائلی در فقه سنتی است که با حاکمیت قانون به مفهوم ماهوی ناسازگاری دارد و در نتیجه پلورالیسم حقوقی (ناپیوندی حقوق مدرن با برخی قرائت‌های سنتی از اسلام) در نظم حقوقی افغانستان، مهم‌ترین چالش حاکمیت قانون به عنوان ابزار تضمین حقوق بشر است. حاکمیت قانون به مفهوم ماهوی باید تضمین‌کننده برابری، کرامت انسانی، حقوق و آزادی‌های اساسی باشد و نباید میان انسان‌ها تبعیض روا دارد؛ در حالی که در قرائت تاریخی از اسلام، بعضی نابرابری‌ها میان شهروندان مشاهده می‌شود؛ حتی شهروندان و انسان‌ها بر اساس باور و عقاید دسته‌بندی و برای آنان حقوق متفاوت تعریف می‌گردد. از طرفی، اسلامی‌سازی و اساسی‌سازی دو مقوله متفاوت‌اند که تکلیف آن در قانون اساسی افغانستان به صورت مشخص و شفاف تعیین نشده است. تعریف یک سلسله حقوق بنیادین انسانی در اسلام سنتی و تاریخی با چالش‌های بنیادین مواجه است که خود ناسازگار با اصل حاکمیت قانون است. حاکمیت قانون به مفهوم مدرن بدان معنا است که دست‌کم باید از حقوق بنیادین بشر حمایت کرده باشد. در حقوق مدرن برای انسان بما هو انسان، حقوق بنیادین تعریف می‌گردد؛ اما در برخی از برداشت‌های سنتی از اسلام، انسان‌ها دسته‌بندی و سپس حقوقی برای آن در نظر گرفته می‌شود. این در حالی است که در حقوق بشر مدرن، «حق داشتن» به جای «حق بودن» مطرح است. در نتیجه باور و عقیده نمی‌تواند مبنایی برای حقوق باشد.

اما باید اذعان کرد که می‌توان میان اصل حاکمیت قانون به مفهوم ماهوی و حامی حقوق بشر و حقوق اسلامی با قرائت روشنفکران مسلمان، ارتباط وثیق برقرار نمود و در نتیجه میان حقوق مدرن و حقوق دینی در افغانستان پیوند برقرار نمود و حاکمیت قانون را به مفهوم ماهوی آن در جامعه افغانی پیاده و حقوق بشری را تضمین نمود؛ چرا که با قرائت روشنفکر مسلمان، احکام امضایی ابدی نبوده و گوهر اسلام مدنظر است که با شرایط زمانه، خود را وفق می‌دهد و در عین حال قرائت از دین عقلانی و فرامتنی خواهد بود.

منابع

۱. اصلانی، فیروز و محمدحسین کاظمی (۱۳۹۰)، «مفهوم حاکمیت قانون و برداشت از آن»، فصلنامه علمی پژوهشی مطالعات اسلامی، سال هشتم، شماره ۲۶.
۲. جان اسپوزیتو و جان وال (۱۳۹۲)، جنبش‌های اسلامی معاصر، اسلام و دموکراسی، ترجمه شیخ شجاع احمدوند، تهران، نشر نی، چاپ چهارم.
۳. جعفری تبریزی، محمدتقی (۱۳۷۰)، تحقیق در دو نظام حقوق بشر، تهران، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران.
۴. راعی، مسعود و فرامرز عطریان، حاکمیت قانون و احکام حکومتی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، حکومت اسلامی، سال هفدهم، شماره ۱.
۵. رحیمی نژاد، اسماعیل (۱۳۶۸)، «رویکردهای مختلف در مورد کرامت انسانی»، مجموعه مقالات کرامت انسان در ادیان و مکاتب، تهران، چاپ و نشر عروج، چاپ اول.
۶. سروش، عبدالکریم (۱۳۸۵)، آیا نابرابری‌های حقوقی جزء ذاتیات اسلامند یا جزء عرضیات؟ (مجموعه مقالات حقوق بشر از منظر اندیشمندان) تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.
۷. فیاض، محمداسحاق، جایگاه زن در نظام سیاسی اسلام، ترجمه موسی دانش، بی تا، بی جا، بی نا، قانون اساسی افغانستان، مصوب ۱۳۸۲.
۸. قانون اساسی عراق، مصوب ۲۰۰۵.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸)، گامی به سوی عدالت، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۱۰. محمدی گرگانی، محمد (۱۳۸۵)، «کرامت انسانی»، مجموعه مقالات (حقوق بشر از منظر اندیشمندان)، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.
۱۱. مرکز مالمیری، احمد (۱۳۸۵)، حاکمیت قانون مبانی، مفاهیم و برداشتها، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چاپ دوم.
۱۲. مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۸۷)، نظریه حقوقی اسلام، ج ۱، قم، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره) چاپ دوم.
۱۳. میلانی، علی‌رضا (۱۳۸۶)، نگرشی بر اصل قانونی‌بودن جرایم و مجازات‌ها، بنیاد حقوقی میزان، تهران، چاپ اول.
۱۴. نوبهار، رحیم، «دین و کرامت انسانی»، مجموعه مقالات دومین همایش بین‌المللی حقوق بشر، مبانی نظری حقوق بشر.
۱۵. ویژه، محمدرضا (۱۳۹۰)، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، تهران، انتشارات جنگل، چاپ اول.
17. Dana Cook-Milligan, What Is Really So Bad About A Different Rule Of Law?: The Afghan Legal System Reanalyzed, Hastings Constitutional Law Quarterly, Vol. 41:1, Fall 2013.
18. Dawood I. Ahmed And Tom Ginsburg Constitutional Islamization and Human Rights: The Surprising Origin and Spread of Islamic Supremacy in Constitutions , public law and

legal theory working papers, university of chicago law school chicago unbound, paper no.477, Vol. 54:3 may 2014.

19. . Giorgio Bongiovanni, Rechtsstaat And Constitutional Justice In Austria: Hans Kelsen's Contribution, P. Costa and D. Zolo (eds.), The Rule of Law: History, Theory and Criticism, 2007, Springer, law and philosophy library volume 80, 2007.
 20. . Howa, Michelle K. Implications for Peace-building: Human Rights, the Rule of Law, and Democracy, Willy Brandt School of Public Policy, University of Erfurt, <https://www.scribd.com>.
 21. . Lars Vinx, Hans Kelsen's Pure Theory Of Law: Legality And Legitimacy, Published To Oxford Scholarship Online: January 2009.
 22. . Louise Olivier, Constitutional Review And Reform And The Adherence To Democratic Principles In Constitutions In Southern African Countries, Open Society Initiative For Southern Africa 2007.
 23. . Michèle Finck, The Role Of Human Dignity In Gay Rights Adjudication And Legislation A Comparative Perspective. University Of Oxford.
 24. . Moamen Gouda, Islamic constitutionalism and rule of law: a constitutional economics perspective, Springer Science+Business Media New York 2012, Published online: 3 January 2013.
 25. . Moamen Gouda, Islamic constitutionalism and rule of law: a constitutional economics perspective, Springer Science+Business Media New York 2012, Published online: 3 January 2013.
 26. . Roberto Andorno Human Dignity And Human Rights As A Common Ground For A Global Bioethics Journal Of Medicine And Philosophy (2009) (Forthcoming), University Of Zurich, Switzerland, Volume 40, Issue 5 October 2015.
 27. . The Rule of Law and Constitutionalism in Muslim Countries, Jerg Gutmann, Institute of Law & Economics, University of Hamburg, Stefan Voigt, Institute of Law & Economics, University of Hamburg and CESifo.
- Beetham, D. "Freedom as the Foundation", Journal of Democracy, Vol. 15, Number 4, October 2004.
28. democracy and islam in the new constitution of afghanistan khaled m. abou el fadl, said arjomand, nathan brown, jerrold green, donald horowitz, michael rich, barnett rubin, birol yesilada cheryl benard, nina hachigian, editors, center for asia pacific policy conference proceedings, published by rand, 2003.