

Memorandum: Options on Religion in the New Constitution of Afghanistan

موضوع : جایگاه دین و مذاهب حنفی و جعفری در قانون اساسی جدید افغانستان

از : سعید امیرارجمند، دانشگاه ایالتی نیویورک

به : کمیسیون قانون اساسی افغانستان

تاریخ : ششم فوریه 2003

1- دین و قوانین اساسی در تاریخ حقوق بین المللی: بنیان نظام سیاسی بر اساس عقل فصل جدیدی در تاریخ بشر است که با قوانین اساسی آمریکا و فرانسه و لهستان بعد از انقلابات دموکراتیک آخر قرن هجدهم شروع میشود. تاسیس نظامهای جدید در کشورهای مسلمان با اقتباس قوانین اساسی سلطنت مشروطه در نیمه آخر قرن نوزدهم در دولت عثمانی شروع میشود و در قرن بیستم دولتهای ایران و افغانستان نیز با تصویب قوانین یا نظامنامه های اساسی بحکومت مشروطه سلطنتی تبدیل میگرددند. اولین نظامنامه اساسی افغانستان متعلق بدوره تجدد و تشکیل دولتهای مرکزی میباشد که شاید بتوان آنرا دوره دوم حقوق اساسی جدید بشمار آورد. دوره سوم عصر قوانین اساسی مبنی بر ایدئولوژی است که با انقلاب روسیه و برقراری رژیمهای کمونیستی و فاشیستی که بتعبیری ادیان سیاسی هستند شروع میشود. سرایت ایدئولوژی بکشورهای مسلمان بعد از جنگ جهانی دوم شروع میشود، در مرحله اول بصورت سوسیالیسم و ناسیونالیسم و مارکسیسم و در مرحله دوم بصورت ایدئولوژی اسلامی برای مقابله با آنها که باز هم باعث اقتباس همان مدل قانون اساسی ایدئولوژیک میشود (گاهی بدون اینکه سازندگان آنان ملتفت باشند). قراردادن اسلام بجای ایدئولوژی در این دوره مشکلات لاینحل بسیاری را پدید آورد چه قانون اساسی جای مناسبی برای بیان اصول دین مبین اسلام و ابراز احساسات و شعایر دینی نیست بلکه نظامنامه ایست برای تثبیت حکومت قانون و تعیین حدود اختیارات شعبه های مختلف دولت و حقوق مردم که البته نباید منکر اسلام و مناقض اصول آن باشد. آخرین دوره در تاریخ حقوق عمومی بین المللی دوره حاضر است که میتوان آنرا عصر جهانی (global age) نامید و با فروریختن کمونیسم در سال 1989 آغاز میشود. قوانین اساسی عصر جهانی مانند قوانین اساسی سایر دوره ها ویژگیهای خاص خود را دارا میباشدند. ملت شریف افغانستان در نیم قرن گذشته هر دومصیبت حکومت ایدئولوژیک مارکسیستی و حکومت ایدئولوژیک افراطی

اسلامی طالبان را تجربه نموده است. بنابراین جا دارد اشتباهات قوانین اساسی مبنی بر ایدئولوژی را تکرار ننماید و همچنین از تجربه اروپای شرقی در پشت سر گذاستن ایدئولوژی کمونیسم و تدوین قوانین اساسی و سیستم حقوقی جدید آنها استفاده نموده با پشت سر گذاشتن تعبيرات افراطی طالبان در قانون اساسی جدید خود نمونه ای برای سایر کشورهای اسلامی ارائه نماید.

اما دو اشتباه اصلی عصر ایدئولوژی که بعد از استقلال بین بعضی از مستعمرات سابق مسلمان نیز شایع شد یکی فرض اینست که تعیین هویت دینی و ملی با قوانین اساسی است، حال آنکه چنین نیست و هدف قوانین اساسی جدید سازمان دادن عقلانی بتشکیلات دولتی و تعیین وظائف و مسئولیتهای دولت در مقابل افراد ملت و تعریف حقوق افراد ملت در رابطه با یکدیگر و در برابر مسئولان دولتی میباشد. قوانین اساسی هویت دینی و ملی ملت را قبول و اعلام نموده به هدف اصلی خود که تعریف حکومت قانون میباشد میپردازند و اصلاً نمیتواند ادعائی برای نجات بشر در آخرت داشته باشد. بنابراین ادعای جاهلانه که "قرآن قانون اساسی ماست" (مثل ادعای یهودیان افراطی در اسرائیل که "توراة قانون اساسی ماست") جز مغالطه و سفسطه نیست. ادعای رقابت با کتب آسمانی در تعیین غایت زندگانی بشر و تبدیل نجات اخروی ادیان الهی به نجات دنیوی خصیصه ایدئولوژیهای سیاسی قرن بیستم است و نه تنها با قوانین اساسی جدید ربط منطقی ندارد بلکه باعث میشود که این قوانین از هدف اولیه و اساسی آنها یعنی مشروطیت قدرت و محافظت حقوق افراد ملت منحرف شوند. با خنثی شدن اصول محدودیت قدرت و حقوق اشخاص در نتیجه اثر ادیان سیاسی و اهداف انقلابی و باصطلاح مقدس آنها، قوانین اساسی عصر ایدئولوژی اهمیت تاریخی و اعتبار حقوقی خود را از دست دادند. گذاشتن اسلام در موقف ایدئولوژی حاکم در چهارچوب قوانین اساسی ایدئولوژیک ابدا برفع نقائص حقوقی فوق الذکر کمکی نمیکند و باین قوانین توانبخشی حقوقی نمیدهد. در اینجا است که افغانستان میتواند از مزایای تحولات جدید در حقوق اساسی استفاده نموده و از ابداعات و ابتکارات حقوقی عصر جهانی در زدودن ایدئولوژی و تکمیل حکومت قانون، بخصوص محافظت از حقوق اساسی افراد و نظارت در اعمال دولت از طریق دیوانعالی قانون اساسی پیروی نماید.

2- قانون، مشروطیت و شریعت در کشورهای مسلمان: قبل از تحصیل نظام حکومت مشروطه جدید و

قالب حقوقی آن از غرب، سازمان حقوقی کشورهای مسلمان بر دو اصل مبتنی بود: قانون که اساس حقوق عمومی را تشکیل میداد و شریعت که مقررات احوال شخصیه را تعیین مینمود. چون تعبیر مختلف از شریعت در اسلام جایز میباشد، مذاهب مختلف پدید آمده هر یک روش و مسلک فقهی خود را دنبال نمودند. از زمان ممالیک مصر ببعدها نصب قضات از مذاهب مختلف برای محاکم شرعیه در بعضی کشورهای مسلمان مرسوم گردید که اصل کثرت مذاهب در آن مرعی بود. نوع سنتی سازمان قضائی مبنی بر اصل کثرت (pluralism) در دولت عثمانی تکامل یافت بصورت سیستم ملتها که مبنی بود بر خودمختاری و استقلال قضائی اقلیتهای غیرمسلمان و رعایت آزادی مسلمانان در انتخاب مذهب. سیستم خودمختاری قضائی ملتها در کشور لبنان تا کنون ادامه یافته است و کشور هند نیز بعد از استقلال باقلیت مسلمان این کشور در احوال شخصیه خود مختاری قضائی داد. سئوالی که مطرح میباشد اینست که آیا این سیستم سنتی مبین بر اصل کثرت با شرایط عصر جهانی تطبیق دارد یا خیر؟ در بخش آخر این مقاله باین سوال جواب داده خواهد شد.

قوانین اساسی دوره تجدد و تشکیل دولتهای مرکزی در دولتهای عثمانی و ایران و افغانستان و مصر اصل تمایز شریعت و قانون را بدرستی شناختند چنانکه اولین قانون اساسی افغانستان اتباع را مقید باطاعت از "احکام شریعت" و "قوانین دولت" مینماید (ماده دوازدهم). با ملاحظه این دوئیت، قوانین موضوعه کشور نبایستی مناقض با قانون اساسی و اصول شریعت باشند. قوانین اساسی این دوره عدم تناقض شریعت با قوانین موضوعه را بطور ضمنی بعهده قوه مقننه گذاشتند باستثنای قانون اساسی ایران که حق تشخیص تناقض با اساسات اسلام را برای طبقه بخصوصی منحصر نمود. متمم قانون اساسی 1907 ایران هیئتی مرکب از پنج مجتهد جامع الشرایط (فقیه شیعه) را با حق رد مصوبات مجلس شوراس ملی برای اینکار در نظر گرفت ولی هیئت مذکور بعلت امتناع مجتهدین منتخبه در مجلس دوم (1909-1911) هیچوقت تشکیل نگردید. رابطه بین قانون و شریعت در مرحله دوم عصر ایدئولوژی و با مطرح شدن برنامه "حکومت اسلامی مستخرج از شریعت" که بدون هر گونه پایه تاریخی ظاهرا برای مقابله و در واقع بتقلید از قوانین ایدئولوژیک کمونیستی که اساس حکومت را مستخرج از ایدئولوژی حاکم میدانستند بصورت حاد مطرح گردیده، ساختار منطقی حقوق اساسی جدید دوره قبل را کاملاً بر هم زد. در قانون اساسی 1358/1979 جمهوری اسلامی ایران که صریحاً بر اساس اسلام بعنوان

ایدئولوژی حاکم بناشده است، هیئت پنج نفر مجتهد، بعد از تلفیق با مدل دیوان قانون اساسی (Conseil Constitutionnel) در قانون اساسی 1958 فرانسه، تبدیل بشورای نگهبان گردید. این تلفیق بدون توجه بتغییرات بعدی دیوان فرانسوی و بخصوص اضافه شدن موارد حقوق بشر باختیارات آن دیوان صورت گرفت و با دادن حق وتو (veto) به فقهای شورای نگهبان راه سوء استفاده سیاسی از این نهاد را باز نمود. در نتیجه شورای نگهبان وسیله ای گردیده برای کنترل سیاسی و سلب آزادی مخالفین نظام و اصلاح طلبان و کاملاً منحرف از هدف اصلی آن یعنی تطابق قوانین موضوعه با قانون اساسی و اساسات اسلامی. در حال حاضر وظیفه اصلی شورای نگهبان در نظام جمهوری اسلامی ایران عملاً رد بدون دلیل کاندیداهای ریاست جمهوری و نمایندگی مجلس شورا و رد بدون دلیل مصوبات مجلس شورا میباشد بطوریکه نظام جمهوری اسلامی را فلج نموده است. (برای مثال شورای نگهبان دو سال پیش بودجه دولت را بعلت مغایرت با اساسات اسلام و در ماه گذشته مصوبه مجلس را در مورد شکنجه بعلت مغایرت با آئین نامه داخلی زندانهای دولتی رد نمود!) بنابراین بدون اغراق میتوان گفت که انحصار حق تعبیر شریعت بشش فقیه انتصابی در مقابل مصوبات مجلس شورای منتخب مردم بزرگترین اشتباه تاریخ حقوق اساسی ایران است.

تکرار چنین اشتباهی با ایجاد شورای مشابهی در افغانستان بعید بنظر میرسد. بعضی دیگر از کشورهای مسلمان که تشخیص تناقض با اصول اسلام را بعهد قوه مقننه یا اجرائیه گذاشته اند، مؤسساتی مانند دارالافتاء یا موسسات تحقیقات اسلامی برای کمک بتهیه و تدوین قوانین ایجاد کرده اند که میتواند مورد اقتباس افغانستان قرار گیرد. چنین موسسه مشاورتی که میتواند تحت نظر رئیس جمهور یا وابسته بدارالانشاء جرگه و یا جزو قوه قضائیه باشد ولی ذکر آن در قانون اساسی لزومی ندارد و بجا نیست.

3- عدم تناقض با اساسات اسلام، حقوق بشر منجمله آزادی در دین، و توحید تشکیلات، مرافق و

طرز العمل قضائی: در اعلام دین رسمی افغانستان و مسئولیت حفاظت آن، مواد قانون اساسی 1964 با مختصر تغییرات قابل استفاده میباشد. بند اول ماده 2 را میتوان به "دین رسمی افغانستان دین مقدس اسلام است" تغییر داد، چون دین اسلام شامل مذاهب حنفی و جعفری میباشد. همچنین ماده 7 بسیار دقیق تنظیم شده است و با تغییر "پادشاه" به "رئیس جمهور" قابل استفاده میباشد چون رئیس دولت را "حامی اساسات دین مقدس اسلام" و

"نگهبان قانون اساسی" نموده مسئولیت حفظ استقلال و وحدت ملی افغانستان را نیز بعهده او میگذارد. در مورد حلف رئیس جمهور نیز فرمول ماده 15 یعنی سوگندبخداوند که "اساسات دین مقدس اسلام را حمایت، قانون اساسی را حراست" نمایم، الخ، دقیق و قابل استفاده است. البته میتوان سوگند بقرآن مجید را نیز علاوه نمود.

رابطه حقوقی اصول اسلام و روش قانونگزاری را قانون اساسی 1964 افغانستان بنحو احسن و با کمال دقت بیان نموده: "هیچ قانون نمیتواند مناقض اساسات دین مقدس اسلام و دیگر ارزشهای مندرج این قانون اساسی باشد" (ماده شصت و چهارم). بنظر من هر دخل و تصرفی در نیمه اول این فرمول، مثلاً اضافه نمودن "احکام قطعیه اسلام" نه تنها ابهامی را رفع نمینماید بلکه شبهات جدیدی بوجود میآورد. تفسیرطالبان از اسلام نیز همان قرآنت آنان بود از احکام قطعیه اسلام و بعید نیست کسی فردا بیایدو بگوید بردگی نباید ملغی میشد چون در شریعت احکام قطعی بر اساس سند محکم دارد. ظرافت نیمه دوم فرمول در اینست که اصول اسلام بحیث یک منبع حقوقی قوانین و در کنار دیگر ارزشهای قانون اساسی قرار میگیرد. البته در اینجا منظور مقایسه دین آسمانی اسلام با اصول عقلانی حقوق جدید نیست بلکه دخالت دادن ارزشهای اخلاقی و الای اسلام است در وضع و تعبیر قوانین. در اینقسمت بد نیست اگر تصریح شود که دیگر ارزشهای قانون اساسی شامل حکومت قانون و اصول بین المللی حقوق بشر نیز میشود، چنانکه مثلاً قانون اساسی مجارستان (ماده 70) حقوق بشر را بحیث یک منبع حقوقی میپذیرد. بنا بر این ماده، مورد بحث میتواند باینصورت بسط یابد: "هیچ قانون نمیتواند مناقض اساسات دین مقدس اسلام، اصل حکومت قانون، اصول بین المللی حقوق بشر و دیگر ارزشهای مندرج این قانون اساسی باشد." مزیت این فرمول اینست که با تصریح بقبول حقوق بشر بعنوان یک منبع حقوقی، دولت افغانستان بطور ضمنی مدافع حقوق دینی و بشری میلیونها افغان که در سایر کشورها مهاجر و پناهنده اند نیز میشود. در بخشهای دیگر قانون اساسی هر موقع مقید نمودن ماده های به عدم تناقض با اساسات اسلام لازم است میتوان از فرمول جامع قانون اساسی 1964 (ماده 102) "در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده" استفاده نمود چون حدود موضوعه شامل عدم تناقض با اساسات اسلام نیز میشود.

گذشته از اهمیت افغانان در سایر کشورها، بجاست با ملاحظه آیه شریفه "لا اکراه فی الدین" و پیرو "اعلامیه الغای تمام انواع عدم تسامح و تبعیض بر اساس دین و اعتقادات" (Declaration on Elimination of All Forms of Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief) که در سال 1981

بتصویب سازمان ملل متحد رسید و همچنین برای جلوگیری از استفاده، سیاسی و خلاف مصلحت عمومی از حد شرعی ارتداد چنانکه اخیراً در ایران و پاکستان و برخی دیگرکشورها مسلمان مشاهده میشود، در مواد جدید مربوط بتضمین کلی حقوق بشر در حق آزادی دینی نیز تصریح شود و اضافه گردد "و نمیتوان هیچ یک از اتباع افغانستان را بعلت اعتقادات دینی تعقیب، تعدیب و جزا نمود". البته چنین جمله ای را میتوان به بند دوم ماده 2 قانون اساسی 1964 نیز اضافه نمود.

باز سازی تشکیلات قضائیه بصورت یک قوه واحد از ارکان سه گانه نظام سیاسی افغانستان از هدفهای اصلی قانون اساسی جدید بشمار میآید. درسی که بایستی از هرج و مرج قضائی دو کشور همسایه افغانستان یعنی ایران و پاکستان در نتیجه تکثیر محاکم مختلفه مانند محاکم جداگانه شریعت (در پاکستان) و محاکم ویژه و دادگاههای انقلابی (در ایران) گرفت تاکید براین هدف کلی وحدت رویه یا طرز العمل (procedure) و مرافق قضائی و توحید تشکیلات قضائی میباشد، چنانکه در ماده 104 قانون اساسی 1964 ملحوظ است. توحید طرز العمل و تشکیلات قضائی البته بایستی پیروی از اساسات کلی فقه اسلامی در تدوین قوانین بخصوص قوانین مدنی صورت گیرد و این امرابدا نباید بعهدۀ شخص قضات واگذار شود. این حکم شامل شخص قاضی القضاة نیز میشود و همچنین ستره محکمه حق تعبیر شریعت اسلام را ندارد، بخصوص که قضیه و دعوائی بآن ارجاع نشده باشد و اگر هم شده باشد باز هم با وجود دیوان عالی قانون اساسی حق چنین اظهار نظری ندارد. اگر در قضیه بخصوصی قانون مدون (codified) موجود نباشد میتوان همانطور که در ماده 102 قانون اساسی 1964 پیش بینی نموده است بقضات محاکم اجازه پیروی از اساسات و قواعد فقهی را داد که احیاناً در صورت فقدان حکم شرعی شامل عرف نیز میشود. البته با توجه باینکه چند میلیون نفر از جمعیت افغانستان پیرو مذهب شیعه جعفری میباشند برای رعایت آزادی دینی ایشان جا دارد کلمات "فقه جعفری" به بندهای مربوطه در ماده 69 و ماده 102 اضافه شود باینصورت:

69- قانون عبارت است از مصوبات دو جرگه که بامضاء رئیس جمهور رسیده باشد و "در ساحه ای که چنین مصوبه موجود نباشد قانون عبارت است از احکام فقه حنفی و فقه جعفری شریعت اسلام."

102- "هرگاه برای قضیه از قضایای مورد رسیدگی در قوانین دولتی حکمی موجود نباشد محاکم به پیروی از اساسات کلی و قواعد فقه حنفی یا فقه جعفری شریعت اسلام در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده مختار بصدر حکم میباشند."

البته در اینصورت در قوانین یا نظامنامه های داخلی دیوان عالی یا ستره محکمه میتوان شعبه یا شورائی مشورتی مرکب از چند نفر از فقها و حقوقدانان حنفی و جعفری برای جواب سوالات و رفع اشکالات قضات محاکم تشکیل داد که آنها هم بایستی بتوحید مرفق و تشکیلات قضائیه و وحدت رویه توجه داشته باشند، ولی تصریح باین مطلب در قانون اساسی بجا نیست. تعلیمات دینی برای شیعیان در مدارس نیز بجاست در قوانین فرهنگی و تعلیمات در نظر گرفته شود ولی در قانون اساسی محل ذکر آن نیست.

4- مذاهب حنفی و شیعه جعفری و وحدت ملی افغانستان: مذهب حنفی در اوان تشکیل مذاهب فقهی

اسلامی یعنی از زمان امام ابو حنیفه پیشرو روش عقلانی در فقه بوده است و پیشرفتهای اولیه در حقوق عمومی اسلامی مدیون فقهائی مانند ابو یوسف و شیبانی و قاضی خان میباشد و همچنین بعد از دوره مغول فقههای حنفی با تطبیق تدریجی یاسا و یسق نامه ها با شریعت و تثبیت و توسعه، اصل مصلحت در حقوق عمومی نقش برجسته ایرا در کشورهای مسلمان بر عهده داشته اند که چنانکه باید شناخته نشده است. از طرف دیگر باب اجتهاد در مذهب شیعه جعفری باز بوده و میباشد و عقل را اصل چهارم از اصول فقه می شمارند. شیعیان چون در اکثر ازمنه و کشورهای اسلامی در اقلیت بوده اند تا قبل از قرن بیستم به حقوق عمومی توجه چندان نداشته اند بجز در ایران که از دوره، صفویه بعد اکثریت جمعیت را تشکیل میدهند. با برقراری جمهوری اسلامی در ایران یک اختلاف اصلی بین دو مذهب حنفی و شیعه جعفری از میان برداشته شده است باینمعنی که اصل مصلحت که در فقه جعفری مردود بود مورد قبول قرار گرفته و شورائی بنام مجمع تشخیص مصلحت که از اهم بنیادهای نظام اسلامی بشمار میآید از سال 1989 شروع بکار نموده است و میتواند قوانینی را که شورای نگهبان مناقض شریعت تشخیص داده بنا بمصلحت عموم تصویب نماید.

علاوه بر قبول اصل مصلحت در حکومت و قانونگزاری که اختلاف نظر این دو مذهب را در حقوق عمومی بسیار کمتر نموده است، فقههای شیعه مانند فقههای اهل سنت اهمیت اصل تلفیق را در فقه دریافته اند و در

تشکیل دارالتقریب اسلامی از زمان شیخ الازهر شلتوت بعد شرکت داشته اند. آیة‌الله منتظری در ایران و دیگر فقهای شیعه جعفری در سایر کشورها اصل تلفیق را قبول نموده اند. بنا بر این جز موارد اختلاف مختصری در احوال شخصیه مانند قوانین ارث تطبیق فقهی مذاهب حنفی و جعفری اشکال چندانی ندارد. بنابر این توصیه میشود در تدوین قانون مدنی جدید افغانستان با استفاده از اصل تلفیق برای نزدیک نمودن اهل سنت و شیعیان که ان شاءالله ضامن وحدت ملی افغانستان نیز خواهد بود حد اکثر استفاده بعمل آید و اگر احیانا در موارد جزئی تلفیق امکان پذیر نبود اختلاف وجه بین اتباع حنفی و جعفری افغانستان در متن ماده، مربوطه در قانون ذکر شود.

امکان دیگری که بایستی بررسی شود تشکیل محاکم جداگانه احوال شخصیه برای اهل تسنن و اهل تشیع میباشد. در اینجا بایستی دو نکته مهم را در نظر داشت اول اینکه اصل وحدت ملی افغانستان که در چندین ماده از قانون اساسی 1964 مرد تاکید قرار گرفته نسبت بتشکیلات محاکم اولویت دارد. تصور نمی‌رود ادامه سیستم عثمانی ملتها بصورت محاکم جداگانه برای اهل تسنن و شیعیان و مسیحیان لبنان کمکی بوحدهت ملی در آنکشور کمکی کرده باشد، گویا که جنگهای داخلی این کشور دلائل دیگری نیز دارد. برخورد های خونین مذهبی اخیر در پاکستان بخصوص حملات متعدد بمساجد شیعیان در اینکشور نیز نمایاننده صدماتی است که جداکردن فرق و مذاهب مختلف میتواند بوحدهت ملی وارد آورد. نکته دوم مشکلاتی است که در کشورهایی که محاکم احوال شخصیه جداگانه دارند بچشم میخورد. یکی از مشکلات اینست که در عمل آنها بمرتبیه محاکم درجه دوم تنزل پیدا میکنند چنانکه در کشور مصر مشاهده و باعث ادغام آنها در محاکم مدنی گردید. البته در بعضی کشورها این امر باعث مشارکت زنان در امر قضاوت میشود ولی این مشارکت را در قضایای احوال شخصیه محاکم مدنی نیز میتوان ترتیب داد. مشکل دیگر که بخصوص در مورد جدا نمودن محاکم احوال شخصیه برای اقلیتهای مذهبی بچشم میخورد بریده شدن این محاکم از تحولات و اصلاحات قضائی است که مثال بارز آن انجماد و تجمد در سیستم احوال شخصیه مسلمین کشور هند و بی بهره ماندن آنان از اصلاحات قضائی و حقوقی میباشد. البته مزیت دادگاههای جداگانه استقلال قضائی محدود برای اقلیتها و اجرای عدالت از طریق خود آنان است. ولی با توجه بخطرات فوق الذکر فقط در صورتی توصیه میشود که احتمال ظلم و تبعیض قضات منصوب از طرف دولت نسبت بشیعیان زیاد و اجرای مقررات متفاوت برای پیروان مذاهب حنفی و جعفری حتی بعد از استفتاء از حقوقدانان و فقهای شیعه عضو شعبه مشورت دیوانعالی و ستره محکمه غیر ممکن یا در عمل مشکل باشد.