# نگاه گذرا به پیشینه و نظام حقوقی افغانستان با تاکید بر حقوق خانواده

فرید مانی[[1]](#footnote-1)

### چکیده

نظام حقوقی افغانستان از پیشینه‌ی به بلندای بیش از صد سال برخوردار است. موسس افغانستان به عنوان سرزمین مستقل، عبدالرحمن خان است ولی او تاسیس کننده‌ی نظم نوین حقوقی در کشور نیست. هرچند وی تلاش‌های برای ایجاد سیستم منظم حقوقی انجام داده است، ولی این تلاش‌ها غالبا برای تحدید قدرت سران قومی و تمرکز قدرت در دست شاه صورت گرفته است و در واقع نظم نوین حقوقی با حکومت امان‌الله خان وارد دستگاه دولت افغانستان شده است که نخستین نظام‌نامه‌ی دولت افغانستان در این زمان به تصویب رسیده است. بعد از امان‌الله خان، افغانستان ادوار متعدد حقوقی را تجربه کرده است که مهم‌ترین دوره از میان ادوار چندگانه‌ی نظم حقوقی کشور، دوره مشروطه در حکومت ظاهر شاه است و پس از آن دوران جدید که قانون اساسی جدید کشور تبدیل به مهم‌ترین منبع و مبنای اساسی برای کدنویسی‌های جدید در نظام حقوقی افغانستان گردیده است.

پژوهش و بررسی در نظام حقوقی افغانستان، پیشینه، مبانی، منابع، اهداف و رویکردهای آن نسبت به خرده‌ نظام‌های دیگر در دستگاه حقوقی کشور، نقاط قوت و ضعف نظام‌حقوقی را آفتابی می‌نماید و پژوهشگر را نیز بر ساختار نظام حقوقی کشور مسلط می‌سازد. در این پژوهش تلاش می‌شود تا نگاه گذرای به نظام حقوقی افغانستان پرداخته شود و با توجه به پیشینه‌ی این نظام حقوقی، جایگاه حقوق خانواده را در آن بررسی نماید.

با توجه به بررسی‌های انجام شده در قالب این نوشتار، نظام حقوقی افغانستان، نظامی ملهم از فرهنگ، دین، باورها و سنت‌های مردم افغانستان است و علاوه بر موارد مذکور، پاره‌ِی از اصول حقوقی در نظام حقوق بین‌الملل نیز از مبانی این نظام حقوقی برشمرده می‌شوند. اما در خصوص منابع، نظام حقوقی افغانستان از احکام اسلامی، قانون اعم از قوانین خاص و عام، عرف و اعلامیه‌ها، میثاق‌ها، کنوانسیون و معاهدات بین‌المللی به عنوان منبع تغذیه می‌نماید.

واژگان کلیدی:

نظام حقوقی، افغانستان، احکام اسلامی، معاهدات بین‌المللی، اعلامیه حقوق بشر و حقوق خانواده.

### درامد

افغانستان از کشورهای درگیر با بحران است و بی‌ثباتی‌های سیاسی و اجتماعی، دروزاه‌های پژوهش و بررسی اوضاع و احوال این سرزمین و مردمش را سال‌ها برروی جهانیان بسته است. با اینکه اکنون فضای ملتهب سال‌های مبارزات ضد استعماری مردم افغانستان و سپس جنگ‌های داخلی این کشور فروکش کرده، هنوز در بازار کتاب نمی‌توان به آثاری دست یافت که بتواند صورت‌بندی جامعی از نظام‌حقوقی این کشور ارائه کند. با این‌ همه، افغانستان از نظام حقوقی پیچیده‌ی برخوردار است. پیچدگی نظام حقوقی افغانستان در تنوع آن است به نحوی که با وجود رسمیت داشتن یک نظام حقوقی (نظام‌حقوق موضوعه) در این کشور، عملا دو نظام حقوقی دیگر در موازی این نظام‌حقوقی وجود دارند و نظام حقوقی موضوعه گاهی متأثر از این دو نظام حقوقی است که یکی نظام حقوقی اسلام است و دیگری نظام‌حقوقی عرفی. تحولات سیاسی دهه اخیر در افغانستان منجر به تدوین قانون اساسی جدیدی در این کشور شد و سبب شد که نظام سیاسی افغانستان برای جلب همکاری‌های بین‌المللی جهت بازسازی و توسعه‌ی کشور ملتزم به احکام حقوق بشر و کنوانسیون‌های بین‌المللی شود و از این روی امروز نظام‌سیاسی- حقوقی افغانستان تحت تأثیر منشور حقوق بشر، اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر، میثاق‌ها و کنوانسیون‌های بین‌المللی قرار دارد و این امر به پیچیدگی این نظام حقوقی افزوده است.

برای شناخت نظام حقوقی افغانستان لازم است تا با فرهنگ، پیشینه‌ی تاریخی، باورها، سنت و ساختار اجتماعی افغانستان آشنا شد. زیرا نظام حقوقی افغانستان از دل عناصر فوق برخواسته و به صورت مجموعه‌ی از اصول، قواعد، نهادها و سازمان‌ها در آمده است و با توجه به چندگانگی فرهنگی این کشور و تحولات زودرس و پی در پی که در سده‌ی اخیر در این کشور رخ داده است، این مجموعه، از ساختار یک‌دست و منسجم برخوردار نبوده و هنوز در کشاکش تغییر و تحولات پیش‌بینی نشده قرار دارد و هیچ تضمینی نیست که نظام جدید سیاسی و حقوقی افغانستان به یک نظام پایا و پوینده بدل شود. زیرا تغییراتی که افغانستان در دهه‌ی اخیر مشاهده کرد و پیشرفت‌های که در نظام‌حقوقی کشور صورت گرفت، شتابزده بود. بعد از یازده سپتامبر که جهان متوجه خطر طالبان در افغانستان شد، امریکا در افغانستان مداخله‌ی نظامی کرد و طالبان را در این کشور مورد سرکوب قرارداد. نظم‌نوین سیاسی و حقوقی این کشور محصول حمله‌ی آمریکا به افغانستان بود. زیرا با ورود آمریکا به افغانستان، تیپ‌های مختلفی از افغانستانی‌های ساکن در بیرون از کشور با دیدهای نو و تازه‌ی وارد عرصه‌ی اجتماعی، فرهنگی، سیاسی، اقتصادی و ... شدند. لیبرال‌ها که به رهبری‌ کرزی و حمایت مستقیم آمریکا وارد افغانستان شده بودند، برگ برنده‌ی با خود داشتند. گذار افغانستان از آن وضعیت نقطه‌ی پایانی به سال‌ها استبداد و در پی آن جنگ و خشونت‌های داخلی بود و ذاتا امری مطلوبی شمرده می‌شد، اما این تحولات بی‌هیچ پشتوانه‌ی اجتماعی داشت اتفاق می‌افتاد. چنین عبوری فقط یک کار روبنایی است و هنوز بسیاری از ارزش‌های مدرن را بافت اجتماعی جامعه‌ی افغانستان بر نمی‌تابد و نیازمند کارهای اساسی و بنیادی‌ترِ فرهنگی است. در آن گیرودار رهبران کشور که سال‌ها جهاد و مقاومت مردم افغانستان را رهبری کرده بودند، در معرض فشارهای سنگینی قرار داشتند، زیرا آنان به عنوان عناصر درگیر در جنگ‌های داخلی، به جنایت جنگی متهم شده بودند. بیشتر آنان از در معامله با آمریکا وارد شدند تا نام شان در فهرست جنگسالاران وارد لیست سیاه شورای امنیت سازمان ملل نشود و به نام ناقضان حقوق بشر مورد محاکمه یا تحریم قرار نگیرند. عده‌ی هم که پرونده‌ی پاک‌تری داشتند نسبت به اوضاع پیش آمده خوشبین بودند و ضمن ملاحظاتی که نسبت به وضع پیش آمده داشتند، در دستگاه قدرت سهیم شدند. عده‌ی که واقعا مجرم و جنایتکار جنگی بودند، با ورود آمریکایی‌ها به افغانستان، از این سرزمین فرار کردند و به پاکستان پناه‌ بردند و از آن طریق عملیات‌های تخریبی شان را در افغانستان روی دست گرفتند. برخی از این رهبران با پا گرفتن فرهنگ معافیت، دوباره به دامن سیاست برگشتند و به صورت بالقوه و بالفعل خطر و تهدیدی برای نظام تلقی می‌شوند. روی هم رفته نظام حقوقی کنونی افغانستان محصول گفتگوهای بود که تحت فشار آمریکایی‌ها میان طرفداران لیبرال‌دموکراسی و رهبران و بزرگان قومی در افغانستان انجام شد. از مهم‌ترین کارهای که این دو گروه توانستند بر آن توافق کنند، تشکیل نظام جمهوری اسلامی افغانستان بود. ناظران بین‌المللی و آمریکایی‌ها که در تلاش بودند تا جامعه‌ی کاملا دموکراتیکی را ایجاد کنند، مورد قبول مردم واقع نمی‌شدند و حکومت مبتنی بر نظام شریعت که در آن حقوق زنان مطابق به ارزش‌های حقوق‌بشری پذیرفته نمی‌شد، نیز مورد حمایت ایالات متحده واقع نمی‌شد. توافق این دو جناح بر این که نظام‌حقوقی افغانستان علاوه بر انطباق با شریعت؛ می‌بایست به هنجارها، اصول و قوانین بین‌المللی راجع به حقوق‌بشر متعهد باشد، واقع‌بینانه‌ترین کاری بود که انجام شد.[[2]](#footnote-2) نظام حقوقی مبتنی بر همین واقع­بینی، پدید آمد و صورتی را که به خود گرفته است، تا حدودی توانسته است رضایت خاطر دو طرف را به دست آورد.

## نگاه گذرا به نظام حقوقی افغانستان

در این نوشتار تلاش می‌شود تا نظام حقوقی افغانستان به معرفی گرفته شود و از آنجای که به آشنایی با پیشینه‌ی تاریخی، فرهنگ، باورها و ساختار اجتماعی این کشور احساس نیاز می‌شود، در آغاز موارد مذکور را به صورت مختصر مورد مطالعه قرار داده و تأثیر آن را بر نظام حقوقی افغانستان نمایان خواهیم ساخت.

### 1 - ترکیب جمعیتی افغانستان

افغانستان کشوری است که تا هنوز جمعیت آن به صورت دقیق مورد سرشماری واقع نشده است[[3]](#footnote-3) و تعداد تقریبی جمعیت افغانستان را در حدود 30 تا سی و سه میلیون نفر تخمین می‌زنند و برخی هم این جمعیت را در حدود 28 یا 29 میلیون نفر می‌دانند. تعداد بی‌شماری از این جمعیت بالغ بر میلیون‌ها نفر در کشورهای همسایه یا در گوشه و کنار دنیا آواره اند. عده‌ی از نویسندگان معتقدند که 99 درصد از جمعیت مردم افغانستان را مسلمانان تشکیل می‌دهند[[4]](#footnote-4) ولی همانگونه که آمار دقیقی از جمعیت افغانستان ارائه نشده است، این آمار نیز غیر واقعی است. زیرا آمار ارائه شده در خصوص جمعیت افغانستان مبتنی بر سرشماری‌ای است که در سال 1350 صورت گرفته است. این آمار توسط دولت‌های تبارگرای وقت انجام شده و علاوه براین‌که این سرشماری دقیق نبوده و بسیاری از جوامع روستایی را از قلم انداخته بود، متأثر از مناسبات تباری نیز بوده است و از این‌روی نتایج این سرشماری به نفع یک قوم مصادره گردیده است. همچنان از آن زمان تاکنون بسیاری از افغانستانی‌های که از این کشور آهنگ مهاجرت کردند، در کشورهای اروپایی به ادیان دیگر و ایدیولوژی‌های غیردینی گرویده اند و تعداد کثیری از جمعیت هندوباوران و سیکه‌های افغانستان در گیرودار جنگ‌های داخلی از این کشور کوچ کرده به هند و اروپا پناهنده شدند و جمعیت آنان نیز دستخوش دگرگونی واقع شده است و جمعیت یهودیان این کشور نیز افغانستان را ترک کردند و به اسرائیل یا سایر کشورهای جهان مهاجرت کرده اند. جمعیت مسلمانانی که در افغانستان حضور دارند نیز یک‌دست نیست. جمع کثیری از آنان حنفی اند. در یکی دو سده‌ی گذشته پیروان سایر مذاهب اهل‌سنت در افغانستان حضور نداشته اند یا دست‌کم کسی به پیروی از این مذاهب شناخته نمی‌شد، ولی اکنون با بازتر شدن فضای جامعه و زمینه‌های تحصیلی‌ای که برای جمعیت مذکور فراهم آمد، یا کسانی که به خاطر اوضاع پر تلاطم کشور، افغانستان را ترک کردند، در کشورهای عربی مثل قطر و سعودی و یا پاکستان دست از باورهای مذهبی خویش شستند و برخی حتی به سلفیت تندرو گرویدند. همچنان جمعیت چشمگیری که برخی تا حدود 30 تا 35 درصد می‌خوانند، شیعه اند.[[5]](#footnote-5) شیعیان افغانستان را پیروان دو مذهب امامیه و اسماعیلیه تشکیل می‌دهند. همچنان آمار دقیقی از تعداد زنان و مردان در این کشور ارائه نشده است و مشخص نیست که جمعیت زنان و مردان این کشور دقیقا چند نفر است.

با این‌همه چندگانگی و اختلاف در حوزه‌ی باورها، افغانستان یک کشور چند قومی نیز هست و به باور برخی از نویسندگان، افغانستان کشور اقلیت‌هاست و هیچ قومی در اکثریت قرار ندارد.[[6]](#footnote-6) علاوه بر این تکثر، عرف، فرهنگ، سنت‌ها و ساختار اجتماعی اقوام متفاوت است که بر اساس همین تفاوت‌ها، ازدواج و تشکیل خانواده، حقوق و تکالیف ناشی از ازدواج و روابط زوجین و سایر نهادهای عرفی فرق می‌کند.

### 2 - پیشینه‌ی حقوقی افغانستان

تاریخچه‌ی حقوقی این کشور به هزاران سال قبل بر می‌گردد، و این در زمانی است که سرزمینی به‌نام افغانستان وجود نداشته است بحث از تاریخچه‌ی این کشور پیش از پدید آمدن کشوری به نام افغانستان به درازا می‌انجامد. از این‌روی بحث را روی پیشینه‌ی حقوق افغانستان از زمان پدید آمدن این کشور متمرکز می‌نماییم. تاریخ دقیق تأسیس افغانستان به درستی معلوم نیست. هجوم پشتون‌ها با حکومت احمد‌شاه ابدالی (1747) آغاز می‌گردد و تا هنوز پشتون‌گرایی و تحمیل هویت پشتونی یکی از عمده‌ترین عوامل بحران چندین صد ساله در افغانستان به شمار می‌رود. اما احمدشاه ابدالی کسی نبود که حکومتی به نام افغانستان تأسیس کند. به باور برخی از کارشناسان اولین باری که از افغانستان نامی برده شده است، در معاهده‌ی لاهور بوده که در سال 1838 میان سیکه‌ها، شاه‌شجاع و دولت بریتانیا امضا شده است. البته تا آن زمان هنوز به صورت رسمی نام این سرزمین افغانستان نبوده و در سال 1880 به رهبری عبدالرحمان‌خان دولتی به مفهوم کنونی پدید آمده است.[[7]](#footnote-7)

#### الف: دوره عبدالرحمن خان

عبدالرحمن‌خان نخستین حاکم پشتون تباری است که حکومت متمرکز تک‌قومی را در افغانستان ساخت و به مجرد احراز پست پادشاهی، فورا برنامه‌ی تحکیم کنترل خود را بالای کشور آغاز نمود. او سه تاثیر عمده روی نظام حقوقی افغانستان گذاشت که عبارت اند از: تاسیس سیستم محاکماتی، تهیه و ترتیب رهنمای قضات و ایجاد صندوق عدالت. محاکمی را که عبدالرحمان‌خان تشکیل داده بود، دو بخش داشتند. نخست محاکم شرعی و دوم محاکم دولتی. محاکم شرعی امور خانوادگی، کیفری و احوال‌شخصیه را حل می‌کردند و محاکم دولتی به امور بازرگانی، مالیاتی و کارمندان دولت رسیدگی می‌نمودند. عالی‌ترین مرجع قضایی در اداره عبدالرحمان‌خان شخص وی بوده و چون طرفین دعوی از نتایج رسیدگی‌های محاکم ناراضی بودند، به وی شکایت می‌بردند. تاسیس دیگر عبدالرحمان‌خان رهنمود قضات بود که در سه بخش قضات را مورد راهنمایی قرار می‌داد. بخش نخست شامل کدهای اخلاقی برای قضات بود و شیوه‌های برخورد قضات با طرفین دعوا را تبیین می‌نمود. بخش دوم شیوه‌ی تهیه‌ی اسناد حقوقی را راهنمایی می‌کرد و بخش سوم تاسیس دفتر کشف قضایی بود که از آن به نام محتسب نیز یاد می‌شد. تاسیس سومی که عبدالرحمان‌خان ایجاد کرده بود، صندوق عدالت بود که در هر ناحیه‌ی از شهر گذاشته شده بود و حکم یک دفتر پستی را داشت. مردم شکایت‌های خود را در قالب نامه‌های سربسته در آن می‌انداختند و مستقیما با شاه مکاتبه می‌نمودند و شاه از طریق پست به جواب آن‌ها می‌پرداخت. در حکومت او سه نوع قانون وجود داشت، نخست قوانین اسلامی مبتنی بر مذهب حنفی، دوم قوانینی که شخص امیر وضع می‌نمود و در قالب دستورالعمل‌های اجرایی برای عموم لازم‌الاجرا بود و سوم، قوانینی که ریشه در حقوق تعاملی یا عرفی داشتند.[[8]](#footnote-8)

#### ب: دوره امان­الله خان

پس از مرگ عبدالرحمان‌خان پسرش حبیب الله خان بر تخت نشست و پس از او فرزندش امان‌الله خان. امان‌الله خان سیاست تمرکزگرایانه‌ی جدش را با بلندپروازی بیشتر روی دست گرفت. او نخستین قانون اساسی افغانستان را به نام نظام‌نامه دولت افغانستان در لویه‌جرگه‌ی 1923 جلال‌آباد تصویب کرد. این قانون قدرت سنتی رهبران مذهبی و قومی را از طریق متمرکز ساختن قدرت دولت در دست شاه، محدود ساخت و با وجود این‌که هیچ نهادی برای قانون‌گذاری پیش‌بینی نکرده بود، محاکم غیررسمی را بی‌اعتبار اعلام کرد. بدین‌صورت امان‌الله خان قدرت وضع قوانین را در دست شاه منحصر کرده بود. او چهار نوع محکمه ایجاد کرده بود که عبارت اند از: محکمه اصلاحیه، محکمه ابتدائیه، محکمه مرافعه و محکمه تمیز. هر پرونده‌ی در مرحله‌ی نخست به محکمه اصلاحیه ارجاع می‌گردید تا راه‌های آشتی و سازش را در میان طرفین بررسی کند و پرونده را بدین صورت حل سازد. اگر حل نمی‌شد به محکمه ابتدائیه ارجاع داده می‌شد. این تصامیم در محکمه مرافعه می‌توانست تجدیدنظر خواهی شود و تصامیم محکمه مرافعه در محکمه تمیز قابلیت تجدیدنظر داشتند. [[9]](#footnote-9) قانون اساسی مذکور، حقوق افراد و اتباع افغانستان را بدون درنظرداشت مذهب و جنسیت مساوی خوانده که در نوع خود در افغانستان بی‌سابقه بود.[[10]](#footnote-10)

در نظامنامه‌ی ازدواجی که در دوره‌ی او به نام نظام‌نامه‌ی نکاح، عروسی و ختنه سوری در سال 1921 تصویب شده بود، ازدواج اجباری، را ممنوع کرد و تعدد زوجات به شرط شهادت شاهدان راستکار و در پیش‌گاه محکمه و تصدیق محاکم درست دانست.[[11]](#footnote-11) او همچنین مصارف بیش از حد در شیرینی خوری و محافل عروسی را ممنوع اعلام کرد و بد دادن را که در افغانستان هنوز شایع است، ممنوع قرار داد. اما این قانون مورد پسند مردم و علما قرار نگرفت و به بهانه‌ی مخالفت با شریعت تطبیق نشد. امان‌الله خان لویه جرگه‌ی را تشکیل داد و نظام‌نامه‌ی جدیدی را در سال 1926 به تصویب رساند که شرایط ازدواج را برای اطفال آسان کرد و توصیه به منع آن نمود و برای آنان در بزرگی اختیار فسخ نکاح را داد[[12]](#footnote-12). همچنان طبق این قانون زن فقط می‌توانست به محکمه عارض شود که شوهرش زن دوم اختیار کرده است و در این صورت بود که محکمه مرد را به مجازات تعذیری محکوم می‌کرد. اما بر اساس ماده‌‌ی ششم این نظام‌نامه همچنان نکاح سنتی و بد دادن ممنوع بود. به ارث بردن زن بیوه را نیز در ماده‌ی 7 نظام‌نامه محکوم کرد و زن بیوه را در امر ازدواج مخیر گذاشت.[[13]](#footnote-13)

امان‌الله بعد از سفری که به اروپا داشت، به صورت شتابزده دست به تغییرات عمده‌ی زد که علاوه بر وضع قوانین خلاف عرف و سنت پشتون‌والی یکی از آن‌ها کشف حجاب بود. امان‌الله که شاه جوانی بود و از طرفی شکست انگلیس در افغانستان و استقلال این کشور به نام وی نوشته شده بود، بلندپروازی‌های زیادی داشت. او قدرت را در دستان شاه متمرکز کرده بود. این تمرکزگرایی و محدودیت‌ها برای رهبران قومی و مذهبی گران و پر هزینه بود.

عملکرد او از طرفی سران مذهبی و قومی را بر او بر آشفته بود و از سوی دیگر احساسات مردم را جریحه دار کرده بود. از همین‌روی بر او شوریدند و حکومت او را سرنگون کردند. بعد از امان‌الله خان حبیب‌الله کلکانی خادم دین رسول الله به سلطنت رسید و او نخستین شاه فارسی زبان و غیرپشتونی بود که در افغانستان تمرکز قدرت در دست یک قوم را شکست. اما حکومت او دیری نپایید و نادرخان که خود دغدغه‌ی شاهی داشت، برای او دسیسه چید و او را اعدام کرد.

#### ج: دوره نادر خان

نادرخان در سال 1930 با برگزاری لویه‌جرگه، خود را به عنوان شاه افغانستان قبولاند و در 1931 قانون اساسی جدیدی را به نام اصول اساسی دولت عالیه‌ی افغانستان تصویب کرد و قوانین افغانستان را اصول‌نامه خواند و قدرت را دوباره به رهبران قومی و مذهبی بازگرداند. این قانون اساسی در ماده‌ی اول، دین اسلام را دین مردم اعلام کرد و مذهب حنفی را تنها مذهب رسمی کشور برشمرد. از نوآوری‌های این قانون، پیش بینی دو مرجع قانون‌گذاری در افغانستان بود که یکی از آن‌ها مجلس سنا (مجلس اعیان) و دیگری ولسی جرگه (مجلس شورای ملی) است. اعضای ولسی جرگه برای سه سال از طرف مردم انتخاب می‌شدند و اعضای مجلس سنا از طرف شاه تعیین می‌گردیدند. قدرت قوه قانون‌گذاری سمبولیک بود، آنان فقط رای اکثریت را می‌دادند و شاه قوانین را وضع می‌نمود.[[14]](#footnote-14)

در حوزه‌ی حقوق فامیل او نظام‌نامه‌ی 1926 را لغو کرد و اصول‌نامه‌ی عروسی و ختنه سوری 1924 را تصویب کرد. هرچند تصویب این اصول‌نامه توسط ظاهرشاه پسر 18 ساله‌ی نادر خان صورت گرفت، ولی طرح این اصول‌نامه در زمان خود نادر ریخته شده بود. این اصول نامه در مقدمه اش مصارف گزاف عروسی‌ها را عمل زشت شمرده بود و رسم و رواج‌های را که تاثیرات منفی بر اقتصاد داشتند مورد نکوهش قرار داد.[[15]](#footnote-15)

#### د: دوره ظاهر شاه

حکومت نادر خان چندان طولی نکشید و تومار زندگی او توسط اقلیت‌های که سال‌ها مورد ستم سلسله‌ی شاهی تبارگرایان قرار داشتند، برچیده شد و پس از وی ظاهرشاه فرزند وی توسط لویه جرگه به تخت نشست. در میان سال‌های 1923-1973 او صرفا یک مقام تشریفاتی دولت محسوب می‌شد و گردانندگان اصلی قدرت او کاکاهایش محمد هاشم خان و شاه محمود خان به عنوان نخست‌وزیران وی بودند. در زمان نخست‌وزیری شاه محمود خان انتخابات پارلمانی در سال 1949 برگزار گردید و اکثریت اصلاح طلبان به دولت راه یافتند و قدرت اجرای مستقیم قوانین توسط شاه را از وی گرفتند. در این سال قانون خانواده‌ی جدیدی تصویب شد و تنها به زبان انگلیسی قابل دسترسی بود که متشکل از یک مقدمه و دوازده ماده می‌باشد. این قانون تفاوت‌های زیادی با قانون قبلی نداشت و هدف آن نیز جلوگیری از تدویر مراسم ناجایز و مصارف ریاکارانه‌ و بی‌مورد در جشن‌های عروسی و ختنه سوری وانمود گردیده است. علاوه بر آن از کارمندان و مسئولین درخواست نموده بود که مردم را با این قانون آشنا ساخته و ناقضین آن را مورد پیگرد قضایی قرار دهند.[[16]](#footnote-16) بر اساس ماده‌ی نخست این قانون، می‌بایست عقد نکاح صرفا توسط اظهار اراده‌ی موافق ناکح و منکوحه برقرار می‌شد و بر اساس ماده‌ی 2 برگذاری جشن قبل از عروسی ممنوع قرار داده شده بود و ماده‌ی 3 مصارف لباس داماد را محدود کرده بود و ماه‌ی 4 مصارف غذا را و مواد 7 و 8 هدایای گزاف و پر زرق و برق را. ماده 5 فقط مهریه را تنها تحفه‌ی شناخته بود که عروس می‌توانست دریافت کند و ماده‌ی 6 به داماد این حق را می‌داد تا علیه پدر زنش اقامه‌ی دعوا کند. [[17]](#footnote-17)

در سال 1953 داودخان پسر عموی ظاهر شاه نخست وزیر شد و اصلاحاتی را پدید آورد و سبب شد تا زنان بتوانند در پروسه‌ی تعلیمات عمومی که وی پیش‌بینی کرده بود. شرکت کنند. او روی یک برنامه‌ی قانون‌گذاری تمرکز کرد و سیستم حقوقی قاره‌ی را در افغانستان پدید آورد. در همین زمان در سال 1960 اصول‌نامه‌ی 1949 لغو شد و قانون ازدواج تصویب شد و احکام معینی در باره‌ی طلاق و مهر داشت. طبق این قانون مهر حق زوجه بود و می‌توانست هرگونه تصرفی در آن بکند.[[18]](#footnote-18) طبق ماده‌ی 22 زن مسلمان نمی‌توانست با مرد غیرمسلمان ازدواج کند و طبق مواد 4 و 32 طلاق حق شوهر شناخته شده بود ولی شوهر می‌توانست آن را به زوجه تفویض کند و زن برای ایقاع می‌توانست به محکمه ذی صلاح مراجعه نماید و طبق ماده‌ی 33 برای اولین بار طلاق‌نامه پیش‌بینی گردید.

در سال 1963 داود استعفا داد و دکتر محمد یوسف جانشین او شد. وی با همراهی شاه کمیسیون مشورتی‌ای را برای تسوید قانون اساسی متشکل از هفت عضو پدید آورد و در 1964 مسوده آن را به شاه تقدیم کرد و در یک کمیته‌ی 29 نفری مورد بررسی قرار گرفت. و در ماه می 1964 به لویه جرگه برد. لویه جرگه برای اولین بار بود که در این قانون اساسی فراخوانده شده بود. این قانون بر حسب طرز دید طرف‌داران قوه قضائیه‌ی مستقل، تصویب شد و قوه‌ی قضائیه مستقل گردید. قانون اساسی 1964 بین نهادهای مذهبی و نهادهای دولتی تفکیک کرد و حاکمیت را مبتنی بر حاکمیت مردم دانست و زنان و مردان را در حقوق و تکالیف مساوی خواند و تمام افراد و اتباع کشور در این قانون برابر خوانده شد و آزادی فکر و بیان و حمایت از مالکیت خصوصی و حق تاسیس احزاب سیاسی به رسمیت شناخته شد. این قانون اساسی ساختار قوه‌ی مقننه را تغییر داد. اعضای ولسی جرگه به مدت چهار سال از طرف مردم و یک ثلث اعضای مجلس سنا از طرف شاه و ثلث دیگر از طرف شورای ولایتی و یک ثلث از طرف رئیس جرگهی‌ ولایتی تعیین می‌گردیدند و برای این‌که یک سند قانون شمرده شود، باید به تصویب هردو مجلس می‌رسید. در سال 1965- 1973 محمدهاشم میوندوال به نخست‌وزیری رسید و در این دوره کدگذاری های فراوانی صورت گرفت. نویسندگان این سال‌ها را سال‌های تمرکزگرایی تاریخ حقوق افغانستان می‌خوانند. بسیاری از قوانین که در این دوره تصویب شد، تا کنون در افغانستان اجرا می‌شوند، مانند قانون جزا، قانون اجراآت جزایی و قانون مدنی.[[19]](#footnote-19)

در سال 1977 اولین قانون جامع در حوزه‌ی حقوق مدنی تصویب شد. این قانون مدنی در ماه جنوری 1977 نافذ شد و شامل 2416 ماده است. این قانون، قانون 1971 را لغو کرد. مجموع حقوق فامیل در مواد 56 تا 336 تنظیم گردید. مواد 60 تا 216 مباحث ازدواج را در خود جای داده است. این قانون متکی بر فقه حنفی است و عمدتا از احکام حقوقی و قوانین مدنی کشورهای مختلف اسلامی به ویژه مصر بهره برده است. و در موارد چون ثبت ازدواج و طلاق، مدارک اثبات ولدیت و خویشاوندی، اصلیت اسناد ثبت شده و سر انجام محل اقامت، از قانون مدنی فرانسه استفاده کرده است. در خصوص بحث طلاق از فقه مالکی نیز استفاده نموده است.[[20]](#footnote-20) این قانون مدنی تا کنون در افغانستان لازم الاجرا است.

#### ه: دوره دولت جمهوری

در سال 1973 داودخان کودتا کرد و نظام حکومت شاهی را برانداخت. او جمهوری را تاسیس کرد و در سال 1977 قانون اساسی جدیدی را تصویب کرد. داود چون به جناح‌های چپ مایل بود، در قانون اساسی اش صریحا به حقوق زنان پرداخت و حق رای را برای تمامی اتباع افغانستان به رسمیت شناخت و نقش مذهب را با عدم ذکر مذهب حنفی به عنوان مذهب رسمی کمرنگ نمود. این قانون اساسی تمام منابع طبیعی کشور را ملی اعلام کرد. این قانون اساسی به خاطر کودتای 27 اپریل 1978 چندان اجرایی نشد. [[21]](#footnote-21)

#### و: دوره حکومت­های کمونیستی

بعد از داوود نورمحمد تره‌کی رهبری سیاسی افغانستان را به عهده گرفت و در سال 1978 فرمانی صادر کرد که در آن هدایای گزاف مانند ولور را ممنوع قرار داد و برای آن سه سال حبس در نظر گرفت. همچنان اندازه‌ی مهریه را محدود نمود. طبق این فرمان عروس و داماد اجازه نداشتند بیش از سه صد افغانی مهریه تعیین کنند و هدایای نوروزی و عیدی نیز در این فرمان ممنوع شد. طبق ماده‌ی 4 این فرمان، نامزدی و ازدواج باید بر اساس رضایت کامل طرفین صورت می‌گرفت و ازدواج اجباری ممنوع تلقی شد و مجرم به حبس از شش تا سه ماه محکوم شده بود.[[22]](#footnote-22) این فرمان در زمان دکتر نجیب ملغی شناخته شد.[[23]](#footnote-23)

تره‌کی توسط شاگردش حفیظ‌الله امین از بین رفت و او نیز به زودی توسط ببرک کارمل در سال 1979 با کمک ارتش سرخ و دخالت مستقیم شوروی در افغانستان برداشته شد. در سال 1980 شورای انقلابی، یک قانون اساسی را به نام پرنیسپ‌های اساسی جمهوری دموکراتیک افغانستان به وجود آورد. در این قانون دوباره مذهب رسمی شناخته شد ولی کسی حق نداشت که از دین به مقصد تبلیغات ضد ملی و ضد مردمی استفاده کند. در این دوره تعلیمات ایدیولوژی کمونیستی متمم تعلیمات مذهبی گردید. این قوانین در کل مبتنی بر مدل روسی و نحوه‌ی قانون‌گذاری و نهادهای قانون‌گذاری روسیه بود.[[24]](#footnote-24)

در زمان کارمل شورش‌هایی از هر طرف علیه حکومت کمونیستی سربرآورد و کمونیست‌ها دکتر نجیب را برای خاموش ساختن آتش این شورش‌ها به جانشینی کارمل برگزیدند. در جنوری 1987 دکتر نجیب کمیسیون فوق‌العاده‌ی را برای مصالحه ملی تاسیس کرد تا قانون اساسی جدیدی را تصویب نماید. در نوامبر همان سال قانون اساسی نجیب تصویب شد. این قانون اساسی یک حکومت چند حزبی را با یک قوه مقننه پدید آورد و برای آن در سال 1988 انتخاباتی دایر کرد. این قانون دین رسمی را اسلام خواند و متعهد شد که هیچ قانونی در مخالفت با دستورات اسلامی وضع نشود. قوه‌ی قضائیه در این قانون مکلف بود تا تصامیم خود را مطابق به قانون اتخاذ نماید ولی مشخص نبود که منظور از قوانین، قوانین موضوعه است یا قوانین شرعی. [[25]](#footnote-25)

#### ز: دوره حکومت مجاهدین

با اوج گرفتن حملات مجاهدین، اتحاد شوروی در مطابقت به توافقات ژنو در 15 فبروری 1989 از افغانستان خارج شد و نجیب تا سال 1992 در قدرت باقی ماند. ولی قدرت دولت او از دست رفته بود به نحوی که حتی در خود کابل هم نمی‌توانست اعمال قدرت نماید. در این سال یک حکومت موقت به خاطر اداره افغانستان تشکیل شد و در همین زمان بود که مجاهدین پیروز شدند و برهان‌الدین ربانی قدرت را در دست گرفت. او قانون اساسی جدیدی را معرفی کرد که در آن مبنای دولت را بر احکام قرآنی قرار داده بود و حاکمیت دولت را از آن خدا بر می‌شمرد. اداره مملکت در این قانون از طریق سه نهاد انجام می‌شد که عبارت بودند از: رئیس جمهور، شورای رهبری و شورای جهادی. این قانون به خاطر اغتشاش و بی‌نظمی‌های که وجود داشت، نتوانست اجرا شود.[[26]](#footnote-26)

### ح: دوره حکومت طالبان

در گیرودار همین زد و بندها و جنگ‌های داخلی احزاب سیاسی گروه طالبان عرض اندام نمود. طالبان گروه قومی‌ای بودند از بازماندگان پشتون‌تبار احزاب خلق و پرچم و طرفداران نظام شاهی و نیز رهبران قومی و مذهبی پشتون‌ها که دغدغه‌ی احیای قدرت از دست رفته‌ی پشتون‌ها را داشتند. این گروه با زیرکی تمام شاگردان مدارس مذهبی را به خود جلب نمودند و خود را در قالب یک گروه مذهبی سامان دادند و از این طریق حمایت کشورهای آمریکا، پاکستان و سعودی را نسبت به خود جذب کردند و به زودی در افغانستان گسترش یافتند. جنگ‌های داخلی و خیزش‌های مردمی علیه شوروی‌ها موازنه‌ی قدرت را در کشور در هم شکسته بود و طالبان دوباره روی کار آمدند تا از زوال پشتون‌ها جلوگیری کنند و خواهان هویت پشتونی برای عموم اقوام افغانستان بودند.

در سال 1996 کابل به دست طالبان افتاد و قسمت اعظمی از کشور را در اختیار گرفتند. آن‌ها ملا عمر را به عنوان امیرالمومنین تعیین نموده و قندهار را به عنوان پای‌تخت خویش برگزیدند. آن‌ها نهادهای فعال دولتی را از قبیل وزارت‌خانه‌ها، مکاتب و سایر خدمات عامه، تعطیل کردند و شوراهای را ایجاد کردند که بر اساس آن بتوانند حکومت اسلامی را پایه‌گذاری کنند. تفسیر آنان از اسلام یک تفسیر ارتجاعی و بسیار افراطی بود و قوانینی را که به وجود آوردند بسیار متحجرانه بود و ابعاد مختلف زندگی مردم را تحت تاثیر قرارداد. آن‌ها موسیقی، تلویزیون، ریش‌تراشی، خروج زنان بدون محرم از منزل یا رفتن زنان به حمام‌های شهر، نگهداری حیوانات اهلی، کبوتر بازی، کاغذباد بازی، تیپ‌زدن موی و استایل‌های خارجی، رفت و آمد در شهرها و خیابان‌ها و جاده‌ها در موقع نماز، عکس­های بدون ضرورت، فروش مجسمه‌های پلاستیکی، نصب عکس جان‌‌دار روی وسایط نقلیه و .. را حرام قرار دادند[[27]](#footnote-27) و اداره‌ی به نام وزارت امر بالمعروف و نهی از منکر تاسیس گردید و این قوانین را که در شاهراه‌ها و مساجد و مکان‌های عمومی برای اطلاع رسانی به مردم نصب شده بود، با خشونت تمام اجرا می‌نمودند. من فراموش نمی‌کنم زمانی که بچه هفت‌ساله‌ی بیش نبودم و در مسجد محل ما نزد آخوند درس می‌خواندم، سربازان امر بالمعروف وارد مسجد شدند و موهای من و تنی چند از قرآن آموزان دیگر را که بلند بود، از پشت‌سر، پیش روی و اطراف گوش‌ها قیچی کردند و ما مجبور بودیم که سرهای خود را بتراشیم.

در دوره حکومت طالبان زنان حتی از جزئی ترین حقوق خویش محروم بودند و رفتن به مکتب برای طبقه اناث ممنوع اعلام شد و کارمندان زن از ادارات بین‌المللی سبکدوش گردیدند. به خاطر همین رفتارهای تندروانه‌ی طالبان کمک‌های خارجی در کشور به حد اقل خود رسید. قوانین به صورت پراکنده و غیرمساویانه تطبیق می‌گردید و پروسه‌ی قضائی رسمی از جمله محاکمات منظم و قوانین موضوعه اندک بود. اوضاع افغانستان بین سال‌ها 1998 تا 2001 آشفته بود، در برخی مناطق مجاهدین و در برخی دیگر طالبان حکم‌روایی داشتند و جنگ بین طالبان و مجاهدین ادامه داشت.[[28]](#footnote-28)

#### ط: دوران جدید

در یازدهم سپتامبر 2011 برج‌های دوقلوی مرکز تجارت جهانی در آمریکا مورد حملات القاعده قرار گرفت. القاعده به رهبری بن لادن در آن زمان در افغانستان پایگاه داشت و آمریکا آن وقت خطر طالبان را جدی گرفت. از این‌روی در نوامبر 2001 وارد مداخله‌ی نظامی در افغانستان شد. مجاهدین در همکاری با نیروهای نظامی آمریکا کنترول کشور را به دست گرفتند و در نوامبر همان سال در بن آلمان، رهبران مجاهدین و جامعه‌ی جهانی با هم دیدار کردند و برای ایجاد دولت انتقالی در افغانستان توافق نمودند. رئیس دولت انتقالی برهان‌الدین ربانی بود و وی قدرت را به صورت مسالمت‌آمیز طی توافقات بعدی‌ای که جناح مجاهدین با نمایندگان جامعه‌ِی جهانی و جناح افغانستانی‌های لیبرال در بن انجام شده بود، به حامد کرزی تسلیم نمود. حامد کرزی رهبری اداره موقت افغانستان را به عهده گرفت و در ماه جنوری 2004 قانون اساسی جدید افغانستان توسط لویه‌جرگه تصویب شد و پس از آن کدهای جدیدی وضع و تصویب گردید از قبیل قانون منع خشونت علیه زنان و تعدیلاتی در پاره‌ی از مواد قوانین گذشته و نیز وضع و تصویب قوانین جدیدی در حوزه‌ی شرکت‌های تجارتی در قانون تجارت و کد جزا و قانون کار و کدهای دیگری از این دست.

### 3 - مبانی نظام حقوقی افغانستان

مبانی و زیرساخت‌های نظام‌حقوقی هر کشوری در میثاق ملی آن کشور ظهور می‌یابد و قانون اساسی به عنوان میثاق ملی که حافظ فرهنگ، ارزش‌ها، باورها و عرف شهروندان یک کشور است، مبانی و زیرساخت‌های نظام حقوقی هر کشوری را با توجه به ارزش‌های هر ملتی، تبیین می‌کند. با توجه به اکثریت مسلمان مردم افغانستان، کشور افغانستان یک کشور اسلامی است و از این روی در مواد دوم و سوم این قانون در نخست دولت، افغانستان جمهوری اسلامی خوانده شده و بر طبق ماده‌ی بعدی، در افغانستان هیچ قانونی نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام اسلام باشد. از این روی نخستین مبنای این نظام، احکام اسلامی است و قوانینی که مخالف با معتقدات دینی باشد، در این کشور اعتبار ندارد. با این همه در این قانون، هیچ مذهبی عملا مذهب رسمی معرفی نشده است. پیروان اقلیت‌های دینی در متابعت از عرف، فرهنگ و باورهای شان در محدوده‌ی احکام قانون آزاد شمرده شده اند. دولت متعهد به انکشاف متوازن و توسعه‌ی افغانستان در همه‌ی سطوح در میان زنان و مردان، اقلیت‌های قومی، مذهبی و دینی است. هرچند احکام قانون اساسی در خصوص اقلیت‌های دینی روشن نیست و این ابهام مشکلات فراوانی برای پیروان هندو و سیکه‌های افغانستان به‌ بار می‌آورد، اما اصول کلی قانون اساسی افغانستان، هیچ‌گونه تبعیض و امتیازی بین اتباع افغانستان را بر نمی‌تابد و مردان و زنان این کشور در برابر قانون، حقوق و مسئولیت‌های مساوی دارند.

با این‌همه قانون اساسی از مشکلاتی نیز رنج می‌برد، یکی از این مشکلات تحمیل هویت افغانی بر اکثریت ساکنین این سرزمین است. افغان نامی است برای اقلیتی از ساکنین این سرزمین و برای قانونی که خود را ملزم به رعایت حقوق انسان می‌شمارد، شایسته نیست که سایر اقوام را از هویت قومی و نژادی شان محروم سازد. همچنان تک زبانی ساختن سرود ملی این کشور و تغییر سرود ملی این کشور از زبان فارسی که زبان دست‌کم 70 درصد مردم این سرزمین است، نقض صریح مقررات بین‌المللی‌ای است که این قانون متعهد به احترام آن‌ها شده است.

این قانون اساسی از جنبه‌ی سیاسی، نظام‌سیاسی کشور را جمهوری اسلامی خوانده و متعهد به احترام و ملزم به رعایت اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر و کنوانسیون‌هایی است که افغانستان بدان‌ها ملحق شده و آن‌ها را امضا کرده است. آزادی حق طبیعی انسان است و کرامت و آزادی انسان از تعرض مصون می‌باشد. قانون اساسی اصل تفکیک قوا را می‌پذیرد و براین اساس سه قوه‌ی اجرائیه، مقننه و قضائیه از ارکان نظام‌سیاسی افغانستان شناخته می‌شوند. مقدمه‌ی قانون اساسی، تدوین این قانون را به منظور تحکیم وحدت ملی و حراست از استقلال، حاکمیت ملی و تمامیت ارضی کشور خوانده، و مواردی چون تاسیس نظام‌ متکی بر اراده‌ی مردم و دموکراسی، ایجاد جامعه‌ی مدنی عاری از ظلم، استبداد، تبعیض و خشونت و مبتنی بر قانون‌مندی، عدالت اجتماعی، حفظ کرامت انسانی و تامین آزادی‌ها و حقوق اساسی مردم، تقویت بنیادهای سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و دفاعی کشور، تامین زندگی مرفه و محیط زیست سالم برای همه ساکنان این سرزمین و تثبیت جایگاه شایسته‌ی افغانستان در خانواده‌ی بین‌المللی را به عنوان اهداف و مبانی این قانون و نظام‌حقوقی افغانستان بر می‌شمارد. این قانون اساسی در حال حاضر در افغانستان قدرت اجرایی دارد و نظام‌حقوقی کشور بر اساس این قانون تعریف می‌شود.

### 4 - منابع نظام حقوقی افغانستان

نظام حقوقی افغانستان نظام تک منبعی نیست. این روی منابع متعددی وجود دارند که این نظام حقوقی قواعد حقوقی خود را از آن اخذ می‌کند. در افغانستان پیش از تدوین قانون اساسی، فقه حنفی و مقررات و فرامین تقنینی حاکم به مثابه‌ی قانون بر شمرده می‌شدند و در مرتبه‌ی بعدی عرف و عادات مردم پررنگ‌ترین نقش را در تاریخ حقوق کشور داشته اند و با مرور زمان و تدوین قانون، نظام‌حقوقی مدنی برای کشور شکل گرفت و اکنون منابع نظام‌حقوقی مبتنی بر حکومت قانون است. اما در کنار قانون امور دیگری نیز وجود دارد که به عنوان منبع در نظام‌حقوقی کاربرد دارند و برای قانون‌گذاری و استناد دادگاه‌ها در زمینه‌ی حل اختلاف پرونده‌های ارجاعی به کمک مسئولین می‌شتابند. منابع مذکور عبارت اند از:

#### الف: احکام اسلامی

احکام اسلامی مبتنی بر فقه حنفی در بیشتر قوانین اساسی گذشته، از منابع نظام‌حقوقی کشور به شمار می‌رفت و اکنون نیز ماده دوم قانون اساسی، دولت افغانستان را جمهوری اسلامی می‌خواند و ماده سوم اشعار می‌دارد که در افغانستان هیچ قانونی نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد. مفهوم احکام اسلامی یک مفهوم کلی است. اسلام به عنوان یک دین، مجموعه‌ی از اعتقادات و باورهای منسجم و یک‌دستی ندارد. ممکن است مهم‌ترین اصول بنیادی دین در میان مذاهب اسلامی مشترک باشند، اما وقتی این اصول مورد بررسی و مطالعه قرار می‌گیرند، فروعات مهمی به دست می‌آیند که مورد اختلاف مذاهب اسلامی قرار دارند. ماده‌ی سوم هیچ قیدی برای احکام اسلامی ذکر نمی‌کند، شاید منظور این ماده از احکام اسلامی همان احکام مشترک و اصولی باشد که مذاهب اسلامی در آن اشتراک دارند. با حمل این معنا از احکام اسلامی بر ماده‌ی فوق، از مواد ذکر شده می‌توان به دو دلالت عمده دست یافت. نخست این‌که احکام اسلامی مبنای قوانین کشور محسوب می‌شود و قوانین افغانستان با درنظرداشت احکام اسلامی -احکامی که میان مذاهب اسلامی به صورت مشترک پذیرفته شده اند- وضع می‌گردد. از ماده‌ی سوم استنباط می‌شود اگر قوانینی در کشور وضع شوند که مبنای اسلامی نداشته باشند، با این حال در مخالفت با احکام اسلامی نیز واقع نگردند، می‌توانند به عنوان قانون وضع و مورد پذیرش دست‌گاه قضایی و حقوقی افغانستان واقع گردند. دوم این‌که احکام اسلامی می‌تواند به عنوان منبع، مورد استناد دادگاه‌ها واقع می‌شود. اما از آن‌جایی که قانون اساسی از مذهب خاصی به عنوان مذهب رسمی نامی نمی‌برد؛ چنین نگاهی به مذهب، منجر به ارائه‌ی تفسیر موسعی از ماده‌ی سوم می‌شود و چون قرائت یک‌دستی از دین در میان مذاهب اسلامی وجود ندارد، این امر سبب می‌شود تا گستره‌ی وسیعی از احکام دینی برای قضات به عنوان منبع، قابلیت استناد یابند که ممکن است زمینه‌های سوء استفاده و صدور آرای دل‌بخواه و ناهمگون را برای دستگاه قضایی در پی داشته باشد. از این روی قانون اساسی دست به وضع محدودیت برای احکام دینی می‌زند و احکام دینی را مبتنی بر مذهب حنفی در مواردی قابل استناد می‌شمرد که در آن خصوص حکمی در قانون اساسی و سایر قوانین موضوعه وجود نداشته باشد. از همین‌روی ماده 131 بیان‌گر حاکمیت مذهب حنفی به عنوان منبعی برای دادرسی و استناد محاکم در چنین مواردی است و ماده 132 این قانون، در موارد مذکور احوال شخصیه‌ی پیروان مذاهب شیعه را مطابق به احکام فقهی این مذاهب تطبیق می‌کند. اما در خصوص مجازات‌ها، کد جزایی افغانستان مصوب 25/2/1396، مرتکبان جرایم حدود، قصاص و دیت را مطابق احکام فقه حنفی مجازات می‌کند.

با توجه به آن‌چه مطرح شد، مطابق مواد مذکور، احکام اسلامی مبنای قانون‌گذاری اند و به صورت مستقیم منبعی برای استناد دادگاه‌ها برشمرده نمی‌شوند مگر این‌که قانون در خصوص قضیه‌ی حکمی نداشته باشد. در چنین مواردی است که احکام اسلامی مبتنی بر فقه حنفی در عموم محاکم و فقه شیعه در خصوص احوال شخصیه‌ی مذهب شیعه به عنوان حکم فقهی مورد استفاده قرار می‌گیرند. در موارد یاد شده، محاکم به نحوی به فیصله‌ی قضایا می‌پردازند که احکام قانون اساسی را نقض ننموده و هدف کلی قانون را که همانا تطبیق عدالت است، برآورده سازند.

#### ب: قانون

یکی دیگر از منابع نظام حقوقی افغانستان قانون است. قانون معرب واژه‌ی ‌Kanon یونانی است و از زبان عربی به فارسی راه یافته است. در اصطلاح حقوقی این وا‌ژه دو اطلاق عام و خاص دارد. در اطلاق خاصش به مقررات و قواعدی گفته می‌شود که قوه‌ی مقننه با تشریفات خاص دست به وضع آن می‌زند و در اطلاق عامش هر نوع قاعده‌ی حقوقی است که به صورت گزاره‌ی مکتوب به وسیله‌ی یک مقام صلاحیت دار، اعم از قوه‌ی مقننه یا غیر آن همچون مجلس موسسان، هیئت دولت یا هریک از وزیران وضع گردد و ممکن است با عناوین دیگری همچون آیین نامه و بخشنامه از آن یاد شود.[[29]](#footnote-29)

قانون در هر دو معنای آن در نظام حقوقی افغانستان از جایگاه و نقش پررنگی برخوردار است. قانون به مفهوم خاصش در افغانستان توسط قوه‌ی مقننه تصویب و به توشیح رئیس‌جمهوری می‌رسد. قوه‌ی مقننه‌ی افغانستان که از آن به نام شورای ملی یاد می‌شود دو بخش دارد. بخش نخست مجلس نمایندگان و بخش دوم مجلس سنا. قانون بنا به تعریف ماده‌ی نود و چهارم قانون اساسی افغانستان عبارت از مصوبه‌ی است که به تصویب هر دو مجلس رسیده باشد. این مصوبه توسط رئیس جمهور توشیح می‌شود و در صورتی که رئیس جمهور آن را به هر دلیلی توشیح ننماید، ظرف مدت پانزده روز از تاریخ تقدیم می‌بایست ضمن ذکر دلایلش به مجلس نمایندگان مسترد سازد و چون دوباره توسط مجلس شورای ملی به تصویب رسید، مصوبه توشیح شده و نافذ محسوب می‌شود.[[30]](#footnote-30)

قانون در کاربرد عامش مصوبات دستگاه‌های اداری و وزارت‌خانه‌ها، مصوبات مجلس موسسان، فرامین رئیس جمهور، مصوبات شورای وزیران و مقرره‌ها را شامل می‌شود. دستگاه‌های اداری و زارت‌خانه‌ها، نهادهای قضایی و موسسات برای انجام سازماندهی شده و قاعده‌مند امور خویش بخش‌نامه‌ها، مصوبات و متحدالمآل‌ها، اساسنامه‌ها و طرزالعمل های را صادر می‌نمایند که از حیثیت قانون برخوردار بوده و برای کارمندان آن بخش‌ها لازم‌الاتباع شمرده می‌شود. در نظام حقوقی افغانستان به مصوباتی که ادارات و وزارت‌خانه‌ها انجام می‌دهند، اگر به توشیح رئیس جمهور برسد از حکم قانونی برخوردار بوده و ماهیت حکم تقنینی را خواهند داشت.

مجلس موسسان که همان نهاد تصمیم‌گیرنده در تصویب قوانین اساسی است، در افغانستان وجود ندارد و این نقش بر عهده‌ی لویه‌جرگه‌ی قانون اساسی نهاده شده است. لویه جرگه از دو کلمه‌ی «لوی» به معنای بزرگ و «جرگه» به معنای مجلس و اجتماع، تشکیل شده است. منظور از لویه جرگه در عرف اجتماعی و سیاسی افغانستان، اجتماع سران اقوام و قبایل و ارکان دولت برای تصمیم گیری در مسایل مهم کشوری است.[[31]](#footnote-31) با تحلیل مشخصات این نهاد می‌توان پی برد که این نهاد بیشتر در عنعنات یک قوم ریشه دارد تا این‌که مورد پذیرش تمام اتباع کشور واقع شود و این‌که توانسته است به عنوان یک نهاد در قانون اساسی مورد پذیرش واقع شود، از ناحیه‌ی قدرت برتر سیاسی در افغانستان کسب مشروعیت کرده است. معمولا روند تدوین دموکراتیک قوانین اساسی، بر چهار شیوه متکی است. یکی از این شیوه‌ها مجلس موسسان است. اعضای این مجلس توسط یک انتخابات آزاد توسط ملت انتخاب می‌شوند و این اعضا قانون اساسی را تصویب می‌کنند و به محض تصویب نافذ و لازم‌الاجرا می‌گردد. اما اعضای لویه جرگه از طرف مردم افغانستان انتخاب نشده اند و انتخاب آنان بیشتر متکی بر سلایق دولت و نفوذ و قدرت رهبران سیاسی، قومی و مذهبی بوده است. هویت این نهاد، هویت قبایلی است و روش وضع قانون توسط این نهاد غیر مردمی است، به جای آن‌که بازتاب دهنده‌ی اراده‌ی مردم باشند، بازتاب دهنده‌ی ایده‌ها، خواست‌ها و منافع سران و رهبران قبایل است. با این‌همه لویه جرگه در قانون اساسی افغانستان از صلاحیت‌های مهمی در خصوص استقلال، حاکمیت ملی، تمامیت ارضی و مصالح عالیه‌ی کشور، تعدیل احکام قانون اساسی و محاکمه‌ی رئیس جمهور برخوردار است. قانون اساسی کنونی کشور توسط لویه جرگه‌ی قانون اساسی تصویب گردید و این لویه جرگه متشکل از سران قومی، رهبران مذهبی و سیاسی بوده است. از این روی ممکن است که قانون اساسی کشور، با درنظرداشت تنوع فرهنگی و جامعه‌ی قومی افغانستان به تصویب رسیده باشد و به نحوی قانون فراگیر و همه‌شمول تلقی شود، اما برخواسته از اراده‌ی همه‌ی ملت نبوده و در مواردی اگر نواقصی دارد همه در پای این مسئله خلاصه می‌شود.

فرمان‌های رئیس جمهوری، مصوبات شورای وزیران، اساسنامه‌ها و مقرره‌ها که دارای ماهیت قانونی اند، پس از توشیح رئیس جمهور نیز می‌تواند به عنوان قانون از قدرت اجرایی برخوردار باشد. برخی از قوانین افغانستان هنوز فرامینی اند که در دوره‌ی شاهنشاهی ظاهر شاه صادر شده اند و تا کنون برخی از قوانین آن دوره از قبیل قانون مدنی و آیین دادرسی مدنی و پاره‌ی از فرامین وی تا کنون در افغانستان از قدرت اجرایی برخوردار اند. در نظم نوین حقوقی افغانستان، معمولا پیشنهاد طرح قوانین توسط دولت یا از طرف شورا و در ساحه‌ی تنظیم امور قضایی از طرف دیوان عالی (ستره محکمه) یا از طرف حکومت صورت می‌گیرد.[[32]](#footnote-32) اما فرمان‌های تقنینی رئیس جمهور مادامی که قوه‌ی مقننه آن‌ها را زیر سوال نبرد می‌تواند به عنوان قانون به منصه‌ی اجرا گذاشته شود. نمونه‌ی آن فرمان تقنینی رئیس جمهور حامد کرزی در کارزار انتخابات ریاست جمهوری سال 2009 بود. او بنا بر تقاضای جدی گروه‌های جامعه‌ی مدنی از طریق صدور یک فرمان تقنینی قانون منع خشونت علیه زنان را نافذ کرد[[33]](#footnote-33) و رئیس جمهور این قدرت را از بند 16 ماده‌ی شصت و چهار قانون اساسی که در مقام شمارش صلاحیت‌های رئیس جمهور است و ماده‌ی هفتاد و نهم قانون اساسی کسب می‌کند. بند 16 ماده‌ی شصت و چهارم یکی از صلاحیت‌های رئیس جمهور را توشیح و فرامین تقنینی[[34]](#footnote-34) بر می‌شمارد و ماده‌ی 79 قانون اساسی تصریح می‌دارد: حکومت می‌تواند در حالت تعطیل ولسی جرگه در صورت ضرورت عاجل، به استثنای امور مربوط به بودجه و امور مالی، فرامینی 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.[[35]](#footnote-35)

#### ج: عرف

عرف در لغت به معنای شناخته شده و رفتار یا خصلت نیکو و پسندیده است، ولی در اصطلاح حقوق در چند معنا به کار می‌رود. یکی عرف لفظی است و مقصود از آن، معانی مفاهیمی است که عموم مردم از واژگان داردند. دیگری، عرف عملی است که به عنوان منبع حقوق مورد بحث قرار می‌گیرد و این مفهوم مورد نظر در این پژوهش است. این مفهوم از عرف، خود دو مفهوم عام و خاص دارد. مفهوم عام این نوع از عرف به قاعده‌ی حقوقی‌ای اطلاق می‌شود که از منبعی جز قانون ناشی شود. بنابراین، عرف، هر منبعی جز قانون را در بر می‌گیرد. اما مفهوم خاص عرف عملی عبارت است از: انجام یا ترک مکرر و مستمر کاری در جامعه، به گونه‌ی که مردم هیچ‌گونه الزام قانونی یا قراردادی خود را به انجام یا ترک آن ملزم می‌دانند.[[36]](#footnote-36) با توجه به این تعریف از عرف، دو رکن مادی و معنوی در عرف وجود دارد. ارکان مادی عرف عبارت اند از: تکرار عمل، عمومیت عمل به گونه‌ی که همه‌ی افراد یا مقامات مربوط به آن عمل کنند، پایداری و ثبات، قدامت و سابقه‌ی عمل و روشن بودن مفهوم آن عمل به گونه‌ی که در تفسیر آن هیچ نوع ابهامی وجود نداشته باشد. اما رکن معنوی عرف این است که آن عادت یا رفتار برای عموم لازم‌الاجرا تلقی شود و شخص متخلف مورد سرزنش و کیفر واقع شود[[37]](#footnote-37).

افغانستان از آن دست کشورهایی است که هنوز قانون موضوعه نتوانسته است به خوبی جای عرف را بگیرد. هنوز مردم این کشور با تکیه بر شوراهای محلی و قراردادهای عرفی روزگار خود را سپری می‌کنند. بسیاری از این عرف‌ها و قراردادها اسباب مهجوریت قوانین موضوعه را در افغانستان فراهم کرده است. در دادرسی‌ها هنوز بیشتر مردم به جای مراجعه به دادگاه‌ها، به شوراهای مردمی متوسل می‌شوند و از ریش‌سفیدان منطقه و محل می‌خواهند که به دادشان برسند. یکی از عمده عوامل کم اقبالی قانون موضوعه، بی‌ثباتی‌های سیاسی و وضع ناپایدار کشور بوده است. مردم نمی‌توانند به دولت فاسد و رشوه‌خوار اعتماد کنند. مردم به دنبال عدالتند و می‌خواهند که حقوق شان برآورده شود. اما دولت افغانستان به خاطر عدم اقتدار و فساد سران کشور نتوانسته است این خواسته‌ی مردم را برآورده سازد و از همین‌روی مردم به قراردادهای عرفی و دادرسی‌های عنعنوی پناه می‌برند و مشکلات شان را از این طریق حل می‌کنند. باری این وضعیت بسیار تأسف بار می‌شود و آن رجوع مردم برای حل مشکلات شان به گروه‌های تندرو و تروریست است. مردم سرعت عمل طالبان را در برابر دولت تحسین می‌کنند و با این تصور که طالبان، آنان را زودتر از دولت، با بهترین شیوه‌ی عدل و انصاف و کم‌ترین مصارف به خواسته‌ی شان می‌رسانند، به طالبان مراجعه می‌کنند. طالبان نیز با قرائتی که از دین دارند، با تمسک به قوانین شرعی و با درنظرداشت عرف و سنت‌های که اکنون برای آن‌ها به مثابه‌ی دین تلقی می‌شود، به دادرسی می‌پردازند و گره از کار فروبسته‌ی آن‌ها می‌گشایند. عوامل مذکور سبب می‌شود تا مردم اقبال کم‌تری نسبت به قوه‌ی قضائیه‌ی دولت داشته باشند و این سبب می‌شود تا حال و روزگار مردم به از این نشود. با تصویب قانون اساسی جدید در سال 2004 میلادی، نظام حقوقی افغانستان وارد عصر جدیدی شد. این قانون اساسی با هدف تامین عدالت و حفظ ارزش‌های ملی و فرهنگی مردم افغانستان به صحنه آمد و در مواد متعددی از حفظ ارزش‌های فرهنگی افغانستان و حذف رسوم خلاف قانون اساسی و دستورات اسلامی سخن به میان آورده است. نظام حقوقی افغانستان با این‌که از خانواده‌ی نظام‌های حقوقی رومی ژرمن است و به قانون نوشته یا حقوق موضوعه متکی است، باز هم به عرف اهمیت فراوانی می‌دهد. از این روی عرف به معنای منبعی برای قانون در افغانستان از جایگاه ویژه‌ی برخوردار است. همان‌گونه که در افغانستان اقوام مختلفی وجود دارند، با تناسب به تعدد قومیت‌ها، فرهنگ، باورها، عرف و سنت‌های مردمی متفاوت می‌شود. هر قومی برای خود رسمی دارد و این رسم و رواج‌ها از گوشه‌ی تا گوشه‌ی دیگر کشور فرق می‌کند. این عرف‌ها و سنت‌ها در دل تاریخ سینه به سینه‌ی مردم نقل شده است و به نسل کنونی رسیده است. نظام‌حقوقی افغانستان نمی‌توانست که بی‌توجه به این عرف‌ها و سنت‌ها شکل بگیرد. از این روی بسیاری از قوانین کشور متأثر از این فرهنگ‌ها و سنت‌هاست. در حوزه‌ی حقوق عمومی که بیشتر قوانین امری تابع حقوق موضوعه است، به عرف کم‌تر پرداخته شده است، اما در سایر حوزه‌های حقوق به ویژه حقوق خصوصی که تنظیم کننده‌ی روابط افراد جامعه است، عرف نقش پررنگی دارد. عرف در افغانستان در ساختار نظام نیز وارد شده است. پاره‌ی از عرف‌های محلی بوده اند که در میان عده‌ی از اقوام افغانستان مقبولیت داشته اند، اما نظر به قدرت و نفوذی که این اقوام در دستگاه سیاست داشته و حمایتی که از سوی منابع بیرونی می‌شده اند، توانسته اند که بدون درنظرداشت ارکان و عناصری مادی و معنوی‌ای که برای عرف ذکر کردیم، برخی از عرف‌ها و عنعنات محلی خویش را وارد ساختار نظام کنند. مانند لویه جرگه با این که از عرف شایع عموم مردم افغانستان نبوده، ولی به عنوان یک اصل وارد قانون اساسی کشور شده است و اساس دموکراتیک کشور و نظام سیاسی‌ای که کشور بر پایه‌ی آن مبتنی شده است؛ را زیر سؤال برده است.

نهادهای مانند نهاد خانواده نیز بسیار از عرف متأثر است و ازدواج‌ها و طلاق‌ها عموما بر اساس عرف انجام می‌شود. همچنان عرف در امور دادرسی و معاملات تجاری و ... نقش عمده و تأثیر گذاری دارد. این تاثیر در اصول‌نامه‌ی تجارت افغانستان متبلور است. ماده‌ی دوم اصولنامه‌ی تجارت افغانستان در حل و فصل دعاوی تجاری، عرف‌های محلی و خصوصی را بر عرف و عادات عمومی ترجیح می‌دهد. قانون مدنی در بند دوم ماده‌ی 101 در صورت عدم تصریح مهریه زن، عرف را منبع رجوع قرار می‌دهد و موارد متعددی از این دست. با این همه طبق قانون اساسی، عرف‌های مغایر با روح قانون اساسی و دستورات اسلامی لغو بوده و قابلیت اجرایی ندارند. قانون و حقوق موضوعه سعی داشته است که نقش عرف را تا حدودی کم‌رنگ نماید و آن دستِ بازی که عرف در روابط قراردادی و معاملات مردم داشته است، را مهار نماید. برای این‌که قلمرو اعتبار عرف را در نظام حقوقی افغانستان بدانیم، لازم است به این دو ماده از قانون اساسی و قانون مدنی توجه داشته باشیم: ماده‌ی پنجاه و چهارم قانون اساسی تعهد به اتخاذ تدابیر لازم در از بین بردن رسوم مغایر با احکام دین اسلام داده است و ماده‌ی دوم قانون مدنی مدنی اشعار داشته است: در مواردی که حکمی در قانون و یا اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام موجود نباشد، محکمه مطابق به عرف عمومی حکم صادر می‌نماید، مشروط بر این‌که عرف مناقض احکام قانونی یا اساسات عدالت نباشد. با توجه به این دو ماده می‌توان فهمید که عرف تا زمانی معتبر است که بتواند هدف قانون را که تطبیق و تامین عدالت است، برآورده سازد و منافی احکام قانون و مناقض دستورات اسلامی واقع نشود. مواد مذکور، در تلاش است تا نظام حقوق موضوعه را در کشور نهادینه سازد. اما این تلاش‌ها چندان موفق نبوده است. هرچند به لحاظ قانونی می‌بایست بسیاری از عرف‌ها و سنت‌های که ناقض اصول قانون اساسی اند، ترک شده و مورد عمل قرار نگیرند، ولی به خاطر عدم اقتدار دولت و بی‌ثباتی حاکمیت در کشور، مردم هنوز به این عرف‌ها و رسوم خلاف مقررات پای بند اند. در گفتار بعدی خواهیم دید تا چه اندازه عرف در حوزه‌ی خانواده موثر بوده است و خشونت‌های خانوادگی تا چه حدودی متأثر از عرف‌ها و عنعنات محلی است و تا چه اندازه این عرف‌های دست و پا گیر، از حاکمیت قانون، تطبیق مساویانه‌ی قانون، برآورده ساختن اهداف اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر و کنوانسیون‌های که افغانستان بدان پیوسته است و استقلال نهادهای حاکمیت قانون جلوگیری نموده است.

#### د: اعلامیه‌ها، میثاق‌ها و کنوانسیون‌های بین‌المللی

قواعد و کنوانسیون‌های بین‌المللی یکی دیگر از منابع نظام حقوقی افغانستان به ‌شمار می‌رود. این قواعد که با منشور ملل متحد و اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر، آغاز می‌شود، دامنه اش به میثاق‌های حقوق مدنی و سیاسی، میثاق‌ حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، کنوانسیون‌های منع شکنجه، کنوانسیون‌ منع تبعیض نژادی، کنوانسیون رفع کلیه‌ی اشکال تبعیض علیه زنان، کنوانسیون حقوق کودک و سایر کنوانسیون‌ها و میثاق‌هایی که افغانستان آن‌ها را امضا کرده است، پایان می‌یابد. افغانستان عضو مجامع بین‌المللی است و منشور ملل متحد را امضا کرده است. این منشور به مثابه‌ی اساسنامه‌ی این سازمان است و افغانستان در ماده‌ی هفتم قانون اساسی و مقدمه‌ی این قانون تصریح شده است که افغانستان متعهد به رعایت منشور مذکور و کنوانسیون‌هایی است که در بالا ذکر شد و در ماده‌ی ششم دولت را مکلف به تحقق دموکراسی می‌سازد. پذیرش و امضای اعلامیه‌ها، میثاق‌ها و کنوانسیون‌های بین‌المللی مذکور و تحقق دموکراسی و حمایت از حقوق بشر گامی مهمی در عرصه‌ی عصری سازی نظام حقوقی افغانستان و مبارزه با استبداد، دیکتاتوری، خشونت، تبعیض و گامی در مسیر عدالت، کرامت انسانی و برابری است و بارقه‌های زیادی از امید را بر روی مردم افغانستان که سال‌ها در آتش خشونت، تبعیض و استبداد سوخته اند، ایجاد نموده است. اما نتیجه‌ی که از کنار هم قرار دادن مواد هفتم و دوم و سوم قانون اساسی حاصل می‌شود، پرسش‌های را پدید می‌آورد که اینک ذهن بسیاری از حقوق‌دانان افغانستانی را به خود مشغول داشته است. در افغانستان برخی از نویسندگان باور دارند که مواد دوم و سوم با ماده‌ی هفتم قانون اساسی تناقض دارد و این تناقض را در سطح نظام حقوقی کشور گسترش می‌دهد. قانون اساسی از یک سو وضع قوانینی که مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد را نفی می‌کند و از سوی خود را بی هیچ حق شرطی ملتزم به کنوانسیون‌های بین‌المللی می‌داند. از آن‌جایی که کنوانسیون‌های بین‌المللی و اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر مبتنی بر اصل مساوات و برابری مطلق است، با دستورات دینی و احکام اسلامی در تناقض و تضاد با هم قرار می‌گیرند.[[38]](#footnote-38) نتیجه‌ی پذیرش کنوانسیون‌های مذکور منجر به برابری زنان و مردان در همه‌ی سطوح زندگی می‌شوند و احکامی که در آن‌ها دیه‌ی زن با مرد، ارث زن نسبت به مرد، شهادت زن نسبت به شهادت مرد، قیمومیت مرد بر زن در خانواده، مجازات اعدام برای مرتد و سایر اموری که از نگاه اسلام زنان و مردان در آن‌ها برابر نیستند، پایمال شود.

این عده از نویسندگان تناقض و تضادهای مزبور در نظام حقوقی افغانستان و کنوانسیون‌های بین‌المللی و حقوق بشر را بدین صورت توجیه می‌کنند که در نخست نیت و اراده‌ی قانون‌گذار را مورد مطالعه قرار می‌دهند. این دسته از نویسندگان نوشته اند که قانون گذار از همان آغاز نگارش و روند تسوید و تصویب قانون اساسی کشور بر اسلامیت نظام، و عدم مخالفت قوانین کشور با اساسات اسلامی تاکید داشته اند. از این روی این نویسندگان چیزی را وضع ننموده اند که مخالف معتقدات و احکام دین اسلام باشد. تناقض‌نمایی و ظاهر پارادوکسیکال مواد دوم و سوم با ماده‌ی هفتم با مراجعه به نیت قانون‌گذار قابل حل است. باری هم اراده‌ی برون مرزی در روند تصویب مواد مذکور دخالت داشته است و اگر قانون روند طبیعی تصویب خود را توسط نمایندگان مردم در لویه جرگه طی می‌کرد، دچار این حالت تناقض‌نما نمی‌شد. در هر صورت از آن‌جایی که نگاه احد اقلی نسبت به شریعت در قانون اساسی شده است، باز هم اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر و کنوانسیون‌های مذکور تا زمانی قابلیت تطبیق را دارند که مخالف احکام و دستورات اسلامی واقع نشوند.. توجیه دیگری که این دسته از نویسندگان ارائه می‌کنند، نگاه به ادبیات قانون نگارانه است. در ماده‌ی سوم گفته شده است که هیچ قانونی نمی‌تواند مخالف معتقدات اسلامی باشد و در ماده‌ی هفتم دولت به احترام و رعایت اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر ملزم شده است و بار معنایی کلمات «نمی‌تواند»، «احترام» و «رعایت» با هم متفاوت اند و معنای نمی‌تواند شدیدتر از دو معنای دیگر است. با توجه به این ادبیات است که تناقض‌نمایی مذکور حل شده و اعلامیه‌ی مذکور و کنوانسیون‌های امضا شده مادامی که در مخالفت با احکام اسلامی واقع شوند، می‌توان از احترام و رعایت آن سر باز زد.[[39]](#footnote-39)

اما عده‌ی از نویسندگان باور دارند که راه حل تنش‌ها میان حقوق اسلامی و کنوانسیون‌های مذکور بستگی به نحوه‌ی تفسیر شریعت دارد. دکتر هاشم کمالی یکی از ناظران کمیته‌ی تصویب و تسوید قانون اساسی افغانستان می‌نگارد: طبعا اختلافاتی میان شریعت و حقوق بشر مثلا از جهت برابری و آزادی عقیده و ادیان وجود دارد اما این که آیا این تفاوت‌ها عبارت از تضاد آشتی ناپذیر است، بستگی به نوعی خوانش ما از شریعت دارد. برای مثال در مورد آزادی مذهب مواضع سنتی و فقهی، جزای ارتداد را اعدام می‌داند، ولی قرآن شریف با وجود تکرار واژه‌ی ارتداد در 20 جای این متن مقدس، هیچ تنبیه خاصی را به این منظور در نظر نگرفته است. بنابراین به تضاد مواد فوق‌الذکر از دو منظر می‌توان پاسخ داد. از منظر اولی تضاد است و منظر دومی تضادی وجود ندارد. مساله مشابهی در مورد برابری حقوق زنان هم وجود دارد. اگر به عقاید مذاهب چهارگانه اسلامی نظری انداخته شود بی تردید که با اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر سازگاری ندارند. اما در عین حال نباید این موضوع را از نظر دور داشت که بسیاری از اصلاحات حقوقی مبتنی بر تفسیر جدید از قرآن برای بازبینی و تغییر احکام فقهی قدیمی در بسیاری از کشورهای اسلامی صورت گرفته است.[[40]](#footnote-40) وی با استناد به قوانین خانواده‌ی کشورهای مراکش و سوریه قرائت فقهای سنتی از شریعت را گمراه کننده می‌خواند و نظریه‌ی طرف‌داران جنبش اصلاح قوانین اسلامی را که زن و مرد از حقوق یکسان و برابری برخوردار اند، را می‌پذیرد. او با نقل قول‌های از برخی از فقهای حنفی باور دارد که احناف در خصوص ارتداد نظر واحدی ندارد. امام ابوحنیفه و سفیان ثوری و امام سرخسی باور داشته اند که مرتد نباید مجازات شود، بلکه می‌بایست همواره به اسلام دعوت گردد.[[41]](#footnote-41)

در خصوص قیمومیت زن بر مرد این دسته از نویسندگان اعتقاد دارند که احکام اسلامی با توجه به بستر‌های فرهنگی و اجتماعی سرزمین عربستان وقت نازل شده است یا گفته اند که کسانی که از آیه‌ی الرجال قوامون علی‌النساء برتری مرد را بر زن برداشت کرده اند، به سبب قوامیت و سرپرستی مرد توجهی نداشته اند. آیه‌ی مذکور بدون ابهام سبب قوامیت مرد بر زن را تهیه‌ی نفقه خوانده است، این مسأله توصیف وضعیت همان روزگار است، نه حکایتگر برتری ذاتی مرد نسبت به زن. وقتی وضعیت متحول می‌شود، زنان فرصت تحصیل و کار را می‌یابند، آیا حکم سرپرست بودن مرد بر خانواده پا برجا می‌ماند؟ و یا این‌که در خانواده‌ی که مرد بیکار و تنبل نشسته، زن کار می‌کند، نفقه‌ی خانواده‌ی خویش را مهیا می‌دارد، آیا سبب قوامیت مرد از بین نرفته، و در نتیجه حکم نیز دگرگون نشده است؟[[42]](#footnote-42) این نویسندگان اعتقاد دارند که دولت مدرن، ارتش ملی، سازمان ملل، کمک‌های بشردوستانه‌ی نهادهای بین‌المللی و نظایر آن نه تهدیدی برای اسلام و نه در مخالفت با اسلام و هیچ‌کدام طرح غربی نیز شمرده نمی‌شوند.[[43]](#footnote-43)

### جمع­بندی و نتیجه­گیری

نظام حقوقی افغانستان دارای پیشینه‌ی بلند و درازی است. اسلام و عرف دو عنصر مهم نظام حقوقی افغانستان که پیش از تاسیس این کشور دو منبع عمده‌ی استخراج احکام حقوقی در کشور شمرده می‌شدند و در دوران عبدالرحمان خان مجموعه‌ی از دستورالعمل‌ها برای قضات، استخراج احکام و حل فصل وقایع و قضایای حقوقی تدوین شد و در زمان امان‌الله خان تحولات عمده‌ی در نظام حقوقی افغانستان پدید آمد و عملا نظام حقوق موضوعه جای حقوق عرفی را گرفت. نخستین قانون اساسی کشور در این دوره تصویب شد و سر آغاز وضع قوانین دیگری در نظام حقوقی افغانستان شد. بعد از امان‌الله خان در دوران حکومت مشروطه که از آن به عنوان دوره‌ی طلایی قانون و حقوق کشور شمرده می‌شود؛ بسیاری از کدهای که اکنون در دسترس است، وضع و تصویب گردید و در حکومت‌های بعدی عموما قانون اساسی کشور با توجه به ایدیولوژی‌های که یکی پس از دیگری تغییر می‌نمود ولی مهم‌ترین کدهای دوران مشروطه تا کنون نیز در افغانستان دارای اعتبار اند که می‌توان از این میان به قانون مدنی و قانون جزای کشور و آیین دادرسی مدنی اشاره کرد.

نظام حقوقی کنونی افغانستان نظام مبتنی بر حقوق موضوعه است و در سال 2004 میلادی قانون اساسی جدید افغانستان توسط لویه جرگه به تصویب رسید. قانون اساسی جدید افغانستان زمینه‌ِی شد برای وضع و تصویب قوانین و کدهای حقوقی جدیدی که ریشه در مبانی پذیرفته در قانون اساسی جدید است. در نظام حقوقی کنونی، قوانین موضوعه، دین اسلام، عرف اجتماعی مردم، اصول حقوق، کنوانسیون‌های بین‌المللی و آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های صادره از مراجع ذی‌صلاح، به عنوان منبع نظام‌حقوقی برشمرده شده است. همچنان در این قانون اساسی اسلام به عنوان مبنای نظام حقوقی در مقام قانون‌گذاری پذیرفته شده است و از سوی متعهد به احترام به حقوق بشر و کنوانسیون‌های بین‌المللی است. شاید به نظر برسد که در میان این دو مبنا تناقض وجود داشته باشد، اما با مراجعه به متن قانون و نگاه به ادبیات قانون‌گذاری و نیز با مراجعه به اراده‌ی قانون‌گذار، می‌توان چنین دریافت که اسلام به عنوان تنها مبنای قانون مورد پذیرش واقع نشده است، بلکه قانون در افغانستان از هر مبنای می‌تواند استخراج شود و زمانی می‌تواند به عنوان قانون در افغانستان مورد شناسایی واقع شود که مخالفتی با احکام اسلامی نداشته باشد. اما جای این پرسش باقی است که کدام اسلام و کدام قرائت از دین می‌تواند به عنوان مبنای نظام حقوقی قرار بگیرد؟! شاید بتوان گفت که اسلام، به معنای اصول مشترک و کلی‌ای است که در میان عموم مذاهب اسلامی مورد پذیرش واقع شده است و یا اسلام همان قرائتی از دین است که آموزه‌های مذهب حنفی ارائه می‌دهد و عموم مردم افغانستان بدان مقید و پای‌بند اند.

### منابع:

ارونی جیا کودی، تکامل حقوق بنیادی در افغانستان، واحد ارزیابی و تحقیق افغانستان، ثور 1394، ص2.

اصولنامه ازدواج و نکاح و ختنه سوری 1949.

بصیراحمد دولت‌آبادی، شناسنامه افغانستان، انتشارات عرفان، چاپ چهارم، 1387.

زلمی خلیل‌زاد، فرستاده، مترجم: هارون نجفی، انتشارات عازم، کابل، چاپ اول، 1395.

عبدالحفیظ منصور، مبارزه در عصر روش، همان، ص45.

عیدمحمد احمدی، مبانی قانون‌گذاری درا فغانستان، مجله‌ی معرفت، سال شانزدهم، شماره‌ی 118، مهر 1386.

فرمان شماره هفتم، 1978.

قانون ازدواج 1960.

قانون اساسی.

قوانین ملاعمر، امرباالمعروف و نهی از منکر، مواد 3 تا 4. نشر نگاه امروز، چاپ اول، 1382.

کرون کوادر نجل، معرفی قانون افغانستان، موسسه حقوقی استنفورد، بی‌تا.

کعبه تهرانی و نجمه یساری، انستیتوت ماکس پلانک، چاپ دوم، 1388.

مجیب الرحمن رحیمی، نقدی بر ساختار نظام در افغانستان، کابل، انتشارات حزب مدم مسلمان افغانستان، .

مرکز فرهنگی نویسندگان افغانستان، متن کامل قوانین اساسی افغانستان، مرکز فرهنگی نویسندگان افغانستان، تابستان 1374، قم.

مصطفی دانش پژوه، مقدمه علم حقوق،

نظام‌نامه نکاح، عروسی و ختنه سوری، 1921.

نظام‌نامه‌ی نکاح، عروسی و ختنه سوری، 1926.

هاشم کمالی، ده سال پس از تصویب قانون اساسی افغانستان؛ مسایل اصلی کدام اند؟، واحد ارزیابی و تحقیق افغانستان، 2014.

1. - دانشپژوه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی جامعه المصطفی العالمیه – نمایندگی گرگان. [↑](#footnote-ref-1)
2. - زلمی خلیل‌زاد، فرستاده، مترجم: هارون نجفی، انتشارات عازم، کابل، چاپ اول، 1395، ص152. [↑](#footnote-ref-2)
3. - مجیب الرحمن رحیمی، نقدی بر ساختار نظام در افغانستان، کابل، انتشارات حزب مدم مسلمان افغانستان، 1387، ص 85. [↑](#footnote-ref-3)
4. - بصیراحمد دولت‌آبادی، شناسنامه افغانستان، انتشارات عرفان، چاپ چهارم، 1387، ص35. [↑](#footnote-ref-4)
5. - همان، ص36. [↑](#footnote-ref-5)
6. - مجیب‌الرحمن رحیمی، همان. [↑](#footnote-ref-6)
7. - همان، ص95. [↑](#footnote-ref-7)
8. - کرون کوادر نجل، معرفی قانون افغانستان، موسسه حقوقی استنفورد، بی‌تا، ص17-18. [↑](#footnote-ref-8)
9. - همان، ص19-21. [↑](#footnote-ref-9)
10. - همان. [↑](#footnote-ref-10)
11. - نظام‌نامه نکاح، عروسی و ختنه سوری، 1921، ماده 1 و 2. [↑](#footnote-ref-11)
12. - کعبه تهرانی و نجمه یساری، انستیتوت ماکس پلانک، چاپ دوم، 1388، ص11-12. [↑](#footnote-ref-12)
13. - نظام‌نامه‌ی نکاح، عروسی و ختنه سوری، 1926، ماده‌ی 7. [↑](#footnote-ref-13)
14. - همان، ص 21-23. متن کامل قوانین اساسی افغانستان، مرکز فرهنگی نویسندگان افغانستان، تابستان 1374، قم. [↑](#footnote-ref-14)
15. - کعبه تهرانی و نجمه یساری، همان، ص14. [↑](#footnote-ref-15)
16. - همان، 14. [↑](#footnote-ref-16)
17. - اصولنامه ازدواج و نکاح و ختنه سوری 1949، به نقل از کعبه تهرانی، همان، ص15. [↑](#footnote-ref-17)
18. - قانون ازدواج 1960، ماده 26. [↑](#footnote-ref-18)
19. - معرفی قانون افغانستان، همان، 23-25. [↑](#footnote-ref-19)
20. - کعبه تهرانی و نجمه یساری، همان، ص 15 و 16. [↑](#footnote-ref-20)
21. - معرفی قانون افغانستان، همان، 27. [↑](#footnote-ref-21)
22. - فرمان شماره هفتم، 1978. [↑](#footnote-ref-22)
23. - کعبه تهرانی و نجمه یساری، همان، ص17. [↑](#footnote-ref-23)
24. - معرفی قانون افغانستان، همان، ص 30. [↑](#footnote-ref-24)
25. - همان، ص 32. [↑](#footnote-ref-25)
26. - همان. [↑](#footnote-ref-26)
27. - قوانین ملاعمر، امرباالمعروف و نهی از منکر، مواد 3 تا 4. نشر نگاه امروز، چاپ اول، 1382، ص9-14. [↑](#footnote-ref-27)
28. - معرفی قانون افغانستان، همان، ص33. [↑](#footnote-ref-28)
29. - مصطفی دانش پژوه، مقدمه علم حقوق، همان، ص151. [↑](#footnote-ref-29)
30. - قانون اساسی، ماده 94. [↑](#footnote-ref-30)
31. مرکز فرهنگی نویسندگان افغانستان، قوانین اساسی افغانستان، همان، ص53. [↑](#footnote-ref-31)
32. - ماده 95 قانون اساسی. [↑](#footnote-ref-32)
33. - ارونی جیا کودی، تکامل حقوق بنیادی در افغانستان، واحد ارزیابی و تحقیق افغانستان، ثور 1394، ص2. [↑](#footnote-ref-33)
34. - قانون اساسی، ماده 64. [↑](#footnote-ref-34)
35. - قانون اساسی، ماده 79. [↑](#footnote-ref-35)
36. - مصطفی دانش‌پژوه، همان، ص153-154. [↑](#footnote-ref-36)
37. - مرکز فرهنگی نویسندگان افغانستان، همان، ص64-65. [↑](#footnote-ref-37)
38. - عیدمحمد احمدی، مبانی قانون‌گذاری درا فغانستان، مجله‌ی معرفت، سال شانزدهم، شماره‌ی 118، مهر 1386، ص165. [↑](#footnote-ref-38)
39. - عید محمد احمدی، همان، ص 164-168. [↑](#footnote-ref-39)
40. - هاشم کمالی، ده سال پس از تصویب قانون اساسی افغانستان؛ مسایل اصلی کدام اند؟، واحد ارزیابی و تحقیق افغانستان، 2014، ص21. [↑](#footnote-ref-40)
41. - همان، ص21- 22. [↑](#footnote-ref-41)
42. - عبدالحفیظ منصور، مبارزه در عصر روش، همان، ص45. [↑](#footnote-ref-42)
43. - همان، ص45. [↑](#footnote-ref-43)