

اعتبار اصل قانونی بودن در حقوق کیفری افغانستان: مشکل‌ها و راه‌کارها

محمد صدر توحیدخانه *

(تاریخ دریافت: ۹۵/۷/۱۳ – تاریخ پذیرش: ۹۵/۸/۵)

چکیده

اگر چه قانون اساسی افغانستان قاضی را مکلف کرده است چنانچه حکم قضیه را در قوانین بدون نیافت به فقه حنفی مراجعه کند، شرایطی صریح و ضمنی نیز برای این مراجعه تعیین کرده است. از جمله‌ی این شرایط رعایت اصل قانونی بودن جرم و مجازات است که به مثابه یکی از بنیادی‌ترین اصول حقوق کیفری مدرن، به بهترین شکل، نه تنها در قانون اساسی فعلی بلکه در هر شش قانون اساسی اخیر افغانستان تضمین شده است. ماده‌ی اول قانون جزا، مصوب ۱۳۵۵، نیز که حکم کرده این قانون جرایم و جزایهای تعزیری را تنظیم می‌کند و برای حدود، قصاص و دیات به فقه حنفی رجوع می‌شود، با این شرایط صریح و ضمنی قانون اساسی مغایر بوده و می‌توان به مثابه یک «قانون ضعیف» از آن چشم‌پوشی کرد. به طور کلی، اگر چه شریعت در قانون اساسی افغانستان جایگاه ممتازی دارد، همانند قانون اساسی ایران نیست که بر عموم و اطلاق تمامی قوانین، از جمله مواد قانون اساسی، حاکم باشد. افزون بر این، رفتار قانون‌گذار در مواد بعدی همان قانون جزا نشان می‌دهد که خود وی نیز اعتقادی به ماده‌ی اول این قانون نداشته و آن را صرفاً برای اجرا نشدن به تصویب رسانده است. در میان قوانین جدید نیز مواردی به چشم می‌آیند که به طور ضمنی بر بی‌اعتباری ماده‌ی اول قانون جزا دلالت دارند.

واژه‌های کلیدی: اصل قانونی بودن جرم و مجازات، حقوق جزا، قانون اساسی، قانون جزا، نظریه‌ی «قانون ضعیف»، افغانستان، ایران، فقه حنفی

* پژوهشگر بنیاد ماکس پلانک برای حاکمیت قانون mosadr@gmail.com/sadr@mpfpr.de

مقدمه^۱

نخست: از آن زمان که مبارزه با نقض ارزش‌های اساسی جامعه به عهده‌ی قدرت فائده‌ی دولت گذاشته شد، همواره این هراس وجود داشت که دولت از قدرت بی‌هماوردش سوء استفاده کند و با تجاوز به حقوق و آزادی‌های مشروع شهروندان، خودکامگی، سرکوب و اختناق را حاکم سازد. تجربه‌های بشری در طول تاریخ و همچنین تحولات در نظریه‌ی آزادی و دموکراسی نهایتاً به اصل قانونی بودن جرایم و جزاها انجامید تا هم دولت حدود خود را در تحدید حقوق و آزادی‌های شهروندان به دقت بداند و هم شهروندان، از پیش، از سیاهه‌ی ارزش‌های اساسی جامعه و پیامدهای نقض آنها آگاه باشند. به موجب این اصل، هر جرم و مجازاتی باید، پیش از نقض ارزش مورد حمایت، در پارلمان، در قالب قانونی شفاف، صریح و قابل فهم برای همگان به تصویب رسیده و برای همگی شهروندان در دسترس باشد. حتی اگر دولت سوء نیت نیز نداشته باشد، نبود قوانینی شفاف، صریح و قابل فهم برای همگان برای تعریف جرایم و تعیین جزاها به غیر قابل بررسی بودن تصمیم‌های قاضیان و هرج و مرج قضایی می‌انجامد و جان و مال و آزادی‌های مردم دستخوش سلیقه و تضاد می‌گردد. بدین سان گزاره نیست اگر اصل قانونی بودن جرایم و جزاها را یکی از مهم‌ترین «اصول بنیادی»^۲ حقوق کیفری مدرن بدانیم.

در این مقاله بر آنیم تا با رویکردی نقادانه، جایگاه این اصل را در قوانین عالی و عادی افغانستان بازنمایانیم و برای «مشکلات» و تعارضات احتمالی این قوانین «راه کار»هایی حقوقی بیابیم. اما

^۱ در آغاز، ذکر چهار نکته‌ی خارج از متن ضروری است. نخست: در این مقاله اسناد تقنینی (قوانین و فرمان‌ها) افغانستان تا تاریخ ۲۵ جوزا (خرداد) ۱۳۹۵ (یعنی تا شماره‌ی مسلسل ۱۲۱۴ جریده‌ی رسمی) مورد بررسی قرار گرفته‌اند. دوم: این مقاله بر اساس آراء شخصی نویسنده نگاشته شده و بازتاب‌دهنده‌ی هیچ موضعگیری رسمی یا سازمانی نیست. سوم: در این مقاله برای همگی زمامداران تاریخ افغانستان – تا آنجا که بر نویسنده آشکار بوده – از عناوین و القاب رسمی و محترمانه استفاده شده و چنانچه نویسنده (از دید برخی یا حتی همه) در این باره دچار لغزش شده باشد، این لغزش سهوی و صرفاً از لوازم گزینش سبکی یکسان در نگارش بوده و وی در پی القاء هیچ گونه ارزش‌گذاری حقوقی (یا سیاسی) درباره‌ی عملکرد این زمامداران نبوده است. و نکته‌ی چهارم: نویسنده‌ی این مقاله ناگزیر بوده اسناد تقنینی نقل شده از نظام حقوقی افغانستان را با حروف چینی دوباره، رعایت نشانه‌های سجاوندی و یکسان‌سازی دستور خط، تا آنجا که اصالتشان خدشه‌دار نشود، اندکی ویرایش کند تا روان‌تر خوانده شوند.

^۲ برای تمایز میان سلسله مراتب «فرا اصل»، «اصول بنیادی»، «اصول ثانوی» و «احکام خاص» و سه اصل دیگر بنیادی در حقوق جزای مدرن (در کنار اصل قانونی بودن) بنگرید به: Hallevy, 2010, pp. 3-8.

پیش از آن، و برای آنکه خوانندگان ایرانی نیز با این مقاله همراه شوند، جایگاه اصل قانونی بودن را به اختصار در دو نظام حقوق اساسی و کیفری ایران و افغانستان مقایسه می‌کنیم.

دوم: از دیدگاه حقوق تطبیقی، «پردازش» اصل قانونی بودن جرایم و جزاها در دو نظام حقوقی ایران و افغانستان، در سطح قانون اساسی، یکسان نیست. پردازش متفاوت این اصل در دو نظام از الفاظ احکام مربوط به آن در قوانین اساسی کنونی ایران و افغانستان مشخص است. در قانون اساسی کنونی ایران، می‌توان قانونی بودن «جرایم» را، به زحمت، از اصل یکصد و شصت و نهم^۳ و قانونی بودن «جزاها» را، به آسانی، از اصل سی و ششم^۴ استخراج کرد.^۵ به همین ترتیب، پیش از تغییر نظام سیاسی ایران در سال ۱۳۵۷، در قانون اساسی مشروطه و متمم آن (به ترتیب مصوب ۱۲۸۵ و ۱۲۸۶ هجری شمسی)، قانونی بودن «جرایم» تلویحاً در اصل هفتاد و هشتم و اصل نهم^۶

^۳ اصل یکصد و شصت و نهم قانون اساسی ایران: «هیچ فعلی یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است جرم محسوب نمی‌شود.»

^۴ اصل سی و ششم قانون اساسی ایران: «حکم به مجازات و اجرا آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.»

^۵ البته به نظر نویسنده، این مواد ثابت نمی‌کنند که اکثریت اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی ایران در سال ۱۳۵۸ واقعاً نیز علاقه‌ای به تضمین صریح اصل قانونی بودن جرایم و جزاها در قانون اساسی داشته‌اند. بلکه حتی شواهد و قرائنی در مشروح مذاکرات آن مجلس وجود دارند که به طور ضمنی به خلاف آن دلالت می‌کنند (بنگرید به: اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس، صورت مشروح مذاکرات مجلس نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴، جلد اول، صفحات ۷۵۳ تا ۷۶۳ جلسه‌ی بیست و نهم؛ و همچنین جلد سوم، صفحات ۱۶۵۰ تا ۱۶۵۲ جلسه‌ی شصتم)؛ گویی آنان به برداشتی که از اصل سی و ششم خواهد شد واقف نبودند و گر نه به آن سرعت آن را تصویب نمی‌کردند و همانند اصل دیگری که به دلیل عبارت‌پردازی صریح‌ترش در تضمین اصل قانونی بودن جرایم رد شد آن را نیز رد می‌کردند. اما این نکته اهمیتی ندارد چرا که برای ما ظاهر این مواد کفایت می‌کند. این مواد از علم حقوق جزا وارد قانون اساسی پیشین و سپس با تغییراتی وارد قانون اساسی کنونی شده‌اند. به تعبیری فنی‌تر، از این رهگذر یکی از اصول بنیادی علم حقوق کیفری «اساسی‌سازی» شده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۳، ۹۸۸ تا ۹۹۵؛ همچنین مقایسه کنید با محسنی، ۱۳۷۵، ۳۱۱ تا ۳۱۲). بنابراین، این اصل اساسی شده در علم حقوق جزا، همانند هر علم دیگری، با در نظر داشت اصول موضوعه و بنیادی همان علم حقوق جزا باز تفسیر می‌شود، و نه با اصالت بخشیدن به نیت باطنی یا احياناً فن‌های ناتمام کسانی که قوانین مرتبط با آن علم را نوشته‌اند.

^۶ اصل هفتاد و هشتم متمم قانون اساسی مشروطه‌ی ایران: «احکام صادره از محاکم باید مدلل و موجه و محتوی فصول قانونیه که بر طبق آنها حکم صادر شده است بوده و علناً قرائت شود.» و اصل نهم قانون اساسی مشروطه: «افراد مردم از حیث جان و مال و مسکن و شرف محفوظ و مصون از هر نوع تعرض هستند و متعرض احدی نمی‌توان شد مگر به حکم و ترتیبی که قوانین مملکت معین می‌نماید.»

و قانونی بودن «جزاها» تصریحاً در اصل دوازدهم^۷ به رسمیت شناخته شده بود.^۸ این در حالی است که در قانون اساسی کنونی (و قوانین اساسی پیشین^۹) افغانستان، با الفاظ روشن و صریح هم به اصل قانونی بودن جرایم و هم به اصل قانونی بودن جزاها تصریح شده است. به موجب ماده‌ی^{۱۰} بیست و هفتم قانون اساسی کنونی افغانستان مصوب ۱۳۸۲:

«هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود مگر به حکم قانونی که قبل از ارتکاب آن نافذ گردیده باشد. [...] هیچ شخص را نمی‌توان مجازات نمود مگر به حکم محکمه‌ی باصلاحیت و مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد.»

گذشته از این تفاوت، یک شباهت نیز میان قانون اساسی کنونی (و بسیاری از قوانین اساسی پیشین) افغانستان و قانون اساسی کنونی ایران وجود دارد و آن عبارت است از پیش‌بینی «اصل رجوع به فقه» در هر دو نظام در مواردی که قوانین مدون پاسخگو نباشند. اگر چه در ادامه خواهیم دید که با وجود این شباهت در رجوع به فقه، جایگاه فقه در هر دو نظام کاملاً یکسان نیست،^{۱۱} ولی اجمالاً همان گونه که اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی کنونی ایران حکم می‌کند که «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه‌ی سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد»، قانون اساسی کنونی (و بسیاری از قوانین اساسی پیشین) افغانستان نیز رجوع به فقه را پیش‌بینی کرده است. برای نمونه، پاراگراف دوم ماده‌ی یکصد و سی‌ام قانون اساسی کنونی حکم می‌کند

^۷ اصل دوازدهم قانون اساسی مشروطه‌ی ایران: «حکم و اجرای هیچ مجازاتی نمی‌شود مگر به موجب قانون.»

^۸ به طور کلی، برای مقایسه‌ی جایگاه حقوق کیفری در قانون اساسی مشروطه و قانون اساسی کنونی ایران بنگرید به: رحمدل، ۱۳۸۷، ۱۲۱ تا ۱۴۴.

^۹ در مورد قوانین اساسی قبلی افغانستان بنگرید به: «۱-۲. در قوانین اساسی پیشین»، از صفحه‌ی ۱۶۴.

^{۱۰} در افغانستان، معمولاً بندهای شماره گذاری شده‌ی قانون اساسی نیز، همانند قوانین عادی، «ماده» نامیده می‌شوند و تفکیک میان «اصل» (در ارجاع به قانون اساسی) و «ماده» (در ارجاع به قوانین عادی)، که معمولاً در برخی از دیگر نظام‌های حقوقی رایج است، رعایت نمی‌شود و فقط از میان ۸ قانون اساسی این کشور دومین قانون اساسی آن (اصول اساسی دولت علیه افغانستان، مصوب ۱۳۱۰ در دوره‌ی محمد نادر شاه) «اصل» را به جای «ماده» به کار برده است.

^{۱۱} در ادامه‌ی این مقاله، در «۴. دفع دخل مقدّر: جایگاه فقه حنفی در نظام حقوقی افغانستان» از صفحه‌ی ۱۷۴ به بعد به این نکته خواهیم پرداخت.

که «... هر گاه برای قضیه‌ای از قضایای مورد رسیدگی در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده قضیه را به نحوی حل و فصل می‌نماید که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید.»

در ایران، در باب دایره‌ی شمول اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی مباحث مستوفایی صورت گرفته است و نظریه‌ی اکثریت قاطع «حقوقدانان» ایرانی، با پیش‌زمینه‌های عقیدتی، سیاسی و آموزشی کاملاً متفاوت، این است که این اصل به حقوق جزا ناظر نیست (برای مثال: افتخار جهرمی، ۱۳۷۸، ۹۴؛ امیرزاده جیرگلی، ۱۳۸۴، ۲۴ تا ۲۵؛ بشیریه، ۱۳۸۷، ۱۵۳ تا ۱۵۶؛ بلادی، ۱۳۷۹، ۴۵؛ حبیب زاده، ۱۳۷۷، ۴۹؛ خوئینی و ذوالفقاری، ۱۳۹۰، ۹۳؛ محبی، زمستان ۱۳۸۳ و بهار ۱۳۸۴، ۹۵؛ همچنین مقایسه کنید با اخوت، ۱۳۷۷، ۴۲؛ و در نهایت بنگرید به: Tellenbach, 2009, S. 1075).^{۱۲} اما از آنجا که اجمالاً در بالا دیدیم - و تفصیلاً در ادامه نیز خواهیم دید - که اصل قانونی بودن در دو نظام حقوق کیفری افغانستان و ایران در سطح قانون اساسی و تاریخ حقوقی دو کشور «تفاوت در پردازش» دارد، و جایگاه فقه نیز در دو قانون اساسی ایران و افغانستان یکسان نیست، بنابراین، برای آنکه در نظام حقوق جزای افغانستان نیز، همانند ایران، میان دو اصل «قانونی بودن» و «رجوع به فقه حنفی» آشتی آکادمیک^{۱۳} برقرار گردد،

^{۱۲} همچنین برای شناخت و ارزیابی هر چهار نظریه‌ی طرح‌شده توسط حقوقدانان ایرانی برای جمع میان اصل ۳۶ و ۱۶۷ بنگرید به: هاشمی و کوشا، ۱۳۸۰، ۷۱ تا ۹۴. نکته‌ی دیگر آنکه، همزمان، فقیهان نواندیش ایرانی نیز تلاش‌هایی را آغاز کرده‌اند تا با تمسک به قاعده‌ی قبح عقاب بلا بیان (و یا اصل براءت) نشان دهند شریعت با اصل قانونی بودن موجود در حقوق جزای مدرن بیگانه نیست. برای مثال بنگرید به: شاکری گلپایگانی، ۱۳۸۰، ۶۸ تا ۸۷؛ محقق داماد نیز «قبح تکلیف بلا بیان» را همتای فقهی اصل قانونی بودن جرایم دانسته و «قبح عقاب بلا بیان» را با اصل قانونی بودن مجازات قابل مقایسه می‌داند. وی قبح عقاب بلا بیان را، در فقه، وسیع‌تر از اصل قانونی بودن مجازات در حقوق عرفی می‌داند چرا که در فقه مراد از بیان «بیان واصل» است اما در حقوق «بیان صادر» و بنابراین، برخلاف حقوق عرفی، جهل به حکم در فقه موجب عدم عقاب است (محقق داماد، ۱۳۷۸، ۸۰ تا ۸۱) و سید حسین هاشمی نیز در امتداد همین استدلال نتیجه می‌گیرد «عقاب بر تکلیف غیر واصل از واضح‌ترین مصادیق ظلم است» (هاشمی، ۱۳۹۴، ۲۰۲ و ۲۱۷).

^{۱۳} البته همراهی قانون‌گذار ایران با نظر دانشگاهیان در آشتی میان این دو اصل «کژ دار و مریز» است و حتی گاهی غیرمستقیم بر آن است این نظریه را القاء کند که فقه بر خود قانون اساسی و اصول بنیادی حقوق جزا نیز تقدم دارد. برای مثال، در نسخه‌ی اولیه‌ی لایحه‌ی قانون مجازات اسلامی (سال ۱۳۸۶) که بخش حدود و قصاص و دیات آن توسط مرکز تحقیقات فقهی قوه‌ی قضاییه در قم تدوین شده بود، به مجازات‌های حدی عناوین تازه‌ای ذیل «مبحث پنجم: ارتداد، بدعت‌گذاری و سحر» (از ماده‌ی ۱-۲۲۵ تا ۱۴-۲۲۵ آن لایحه) افزوده شده بود که برای ارتداد و

باید از درون همان نظام حقوقی استدلالی بعضاً متفاوت با استدلال ایرانی ارائه داد. این مقاله در پی ارائه‌ی چنین استدلال «حقوقی» و البته «درون سیستمی» برای آشتی میان مواد بیست و هفتم و یکصد و سی‌ام قانون اساسی کنونی افغانستان و پاسخ‌گویی به ایرادهایی است که ممکن است بر این استدلال وارد شوند.

بدین سان، در این مقاله، در ابتدا برآنیم تا با بررسی سنت حقوقی چند دهه‌ی اخیر افغانستان جایگاه نسبتاً مستحکم ارجاع به فقه حنفی را نشان دهیم (بخش اول) و پس از آن به این نکته پردازیم که با وجود این سنت حقوقی، چه دلایلی از قانون اساسی ما را وامی‌دارد که معتقد شویم در حوزه‌ی جرایم و مجازات‌ها اجازه‌ی چنین ارجاعی نداریم، حتی اگر ماده‌ی اول قانون جزا صراحتاً به ارجاع به فقه حنفی دستور داده باشد (بخش دوم). سپس خواهیم دید که یک نظام قضایی حقوقمدار معمولاً در برابر ماده‌ی ضعیفی همچون ماده‌ی اول قانون جزا، یا مواد ضعیف مشابهی که ممکن است در آینده جایگزین آن شوند، چه راهکاری برمی‌گزیند (بخش سوم). در گام بعدی نیز ایرادی را پاسخ خواهیم گفت که به دلیل وجود ماده‌ی سوم قانون اساسی (لزوم مخالف معتقدات و احکام اسلام نبودن هیچ قانونی در افغانستان) ممکن است به نظر ما وارد شود (بخش چهارم). در پایان نیز با استناد به رفتار قانون‌گذار ۱۳۵۵ در مواد بعدی همان قانون جزا نشان خواهیم داد که خود وی نیز اعتقادی به ماده‌ی اول قانون جزای خود نداشته است (بخش پنجم)؛ کما اینکه در میان قوانین عصر جدید نیز مواردی را نشان خواهیم داد که به طور ضمنی بر بی‌اعتباری ماده‌ی اول قانون جزا دلالت می‌کنند (بخش ششم).

بدعت و ادعای نبوت و سحر حد «قتل» در نظر گرفته شده بود. بنا به مصالحي، در تهران، کل این مبحث از آن لایحه حذف گردید و در نتیجه این عناوین به قانون کنونی مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ راه نیافت. ولی در عوض، ماده‌ی دیگری به بخش حدود آن افزوده شد تا ظاهراً در صورت نیاز بتوان حدود فوق را نیز با چراغ خاموش اجرا کرد. ماده‌ی ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود.»

نکته‌ی مهم اینکه جای شکرگزاری است که ماده‌ی ۲۲۰ فقط در مورد حدود است و متعرض اعتبار اصل قانونی بودن در قصاص و دیات و تعزیرات نشده است. افزون بر این، آن بخش از ماده‌ی ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ که الفاظ اصل یکصد و شصت و هفتم را برای رد نظریه‌ی حقوقدانان در منحصر بودن آن به دعاوی غیر جزایی عیناً تکرار کرده بود، تا آن را در دعاوی کیفری نیز به زعم خود معتبر سازد، در قانون آیین دادرسی کیفری جدید مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴ حذف گردیده است. (مضمون اصل ۱۶۷ اولین بار در سال ۱۳۶۱ در قالب ماده‌ی ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری «برخلاف نظر اکثر قریب به اتفاق حقوقدانان» به حقوق کیفری موضوعی ایران وارد شده بود؛ در این باره، بنگرید به: افتخار جهرمی، ۱۳۷۸، ۹۵).

۱. طرح بحث: زمینه‌ی حقوقی ماده یکصد و سی‌ام قانون اساسی

در این بخش، جایگاه محتوای ماده‌ی یکصد و سی‌ام قانون اساسی کنونی افغانستان را هم در نظم حقوقی کنونی - که با تصویب قانون اساسی ۱۳۸۲ پس از سقوط «امارت اسلامی افغانستان» (طالبان) مستقر گردیده - و هم در نظام‌های حقوق اساسی گذشته بررسی می‌کنیم.

۱-۱. در نظم حقوقی کنونی

قانون اساسی کنونی افغانستان، مصوب ۱۳۸۲، در ماده‌ی یکصد و سی‌ام خود حکم می‌کند: «محاکم در قضایای مورد رسیدگی احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می‌کنند.

هر گاه برای قضیه‌ای از قضایای مورد رسیدگی در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده قضیه را به نحوی حل و فصل می‌نمایند که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید.»

ظاهر این ماده این گونه نشان می‌دهد که در آن تلاش شده است که دو دیدگاه قانون‌گرایانه و فقه‌گرایانه با یکدیگر تلفیق شوند. در زیر، (۲. نسخ ماده‌ی اول قانون جزا توسط مواد بیست و هفتم و یکصد و سی‌ام قانون اساسی)، به این نکته خواهیم پرداخت که این «تلاش برای تلفیق دو دیدگاه» تا چه اندازه امکان‌پذیر است.

اما عجالتاً اشاره کنیم که عین الفاظ این ماده از نظر ارجاع به فقه حنفی در ماده‌ی ۷ «قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم» قدیم مصوب ۱۳۸۴ و ماده‌ی ۱۳ «قانون تشکیل و صلاحیت قوه‌ی قضائیه» جدید مصوب ۱۳۹۲ نیز انعکاس یافته است. اما در بین این دو سال، در سال ۱۳۸۹، قانون دیگری تصویب شده با نام «قانون تشکیل و صلاحیت محاکم خاص» که به نظر می‌رسد، در ماده‌ی ۱۴ آن، به صورت عامدانه، این قید ارجاع به فقه حنفی حذف شده است. احتمال دارد این حذف ناشی از غلبه‌ی دیدگاه قانون‌گرایانه، برای مدتی کوتاه، بر قوانین افغانستان باشد که ظاهراً این دیدگاه در قانون بعدی (قانون جدید تشکیل و صلاحیت قوه‌ی قضائیه) در سال ۱۳۹۲ مجدداً به شکست انجامیده است.

البته این شکست نسبی است و نه مطلق. چرا که در ماده‌ی دیگری از همین «قانون تشکیل و صلاحیت قوه‌ی قضائیه» مصوب ۱۳۹۲ (که در ماده‌ی ۱۳ خود به فقه حنفی ارجاع داده است) تغییری می‌بینیم که باز با غلبه‌ی دیدگاه قانون‌گرایانه منطبق است. توضیح اینکه در ماده‌ی ۲۶

«قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم» سابق (۱۳۸۴)، در بحث بررسی فیصله‌ی محکمه در ستره محکمه آمده بوده که «هرگاه دیوان ستره محکمه حین رسیدگی فیصله‌ی مورد اعتراض در یابد که فیصله‌ی محکمه‌ی تحتانی در مخالفت با قانون یا خطا در تطبیق یا تأویل آن و یا در مخالفت با احکام مواد یکصد و سی‌ام و یکصد و سی و یکم قانون اساسی صادر گردیده، فیصله را نقض و غرض صدور حکم به محکمه‌ی تحتانی ارجاع می‌دارد.» در حالی که در ماده‌ی ۴۸ «قانون تشکیل و صلاحیت قوه‌ی قضائیه» جدید (۱۳۹۲) ماده‌ی پیشین عیناً تکرار شده است با این تفاوت که عبارت «یا در مخالفت با احکام مواد یکصد و سی‌ام و یکصد و سی و یکم قانون اساسی» از میان آن حذف گردیده است: فقره‌ی ۱ ماده‌ی ۴۸ جدید: «هرگاه دیوان ستره محکمه حین رسیدگی فیصله‌ی مورد اعتراض در یابد که فیصله‌ی محکمه‌ی تحتانی در مخالفت با قانون یا خطا در تطبیق یا تأویل آن صادر گردیده است، فیصله را نقض و غرض صدور حکم مطابق قانون به محکمه‌ی تحتانی ارجاع می‌نماید.»

بدین ترتیب، می‌بینیم که ارجاع به فقه حنفی، در نظم حقوقی کنونی افغانستان، هم در سطح قانون اساسی هم در سطح قوانین عادی، همچنان از «جایگاه نسبتاً محکم» برخوردار بوده و نه تنها مجاز که واجب شمرده شده است. ممکن است فوراً چنین استدلال گردد که این «جایگاه نسبتاً محکم» اصل «رجوع به فقه» در قانون اساسی و توالی آن در قوانین عادی نمی‌تواند به اعتبار اصل قانونی بودن جرایم و جزاها خللی وارد کند. چرا که اصل قانونی بودن در ماده‌ی دیگری از همین قانون اساسی (ماده‌ی بیست و هفتم) تضمین شده است. به عبارت دیگر، و شبیه استدلالی که حقوقدانان ایرانی در زمینه‌ی اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی ایران ارائه داده‌اند، می‌توان چنین استدلال کرد که ماده‌ی یکصد و سی‌ام قانون اساسی افغانستان ناظر به قضایای جزایی نیست.

تجربه‌ی نویسنده‌ی این مقاله در مباحثه با حقوقدانان یا کارآموزان افغانستان نشان می‌دهد که این استدلال (مخصوصاً در سال‌های آغازین برقراری نظام سیاسی جدید) به آن آسانی که در حقوقدانان یا کارآموزان مسلمان ایران اقناع وجدانی ایجاد می‌کند، در میان افغانستانی‌ها چنگی به دل نمی‌زند. دلیل چیست؟

اگر از این نکته درگذریم که در زمینه و زمانه‌ی کنونی افغانستان بحث‌های حقوقی بیش از ایران با احساسات داغ و پرشور هویت‌طلبانه‌ی مذهبی درآمیخته است - فاکتوری که در ایران کنونی به آن شدت و حدت افغانستانی آن مشاهده نمی‌شود - شاید یکی از مهم‌ترین عواملی که بحث را پیچیده‌تر از ایران می‌کند، وجود حکمی دیگر در یکی از قوانین نافذ افغانستان است که صریحاً

ارجاع در مسائل جزایی را نیز به فقه حنفی نه تنها مجاز که واجب دانسته است؛ حکمی که با آن صراحت و وسعت هیچگاه در فرایند تلاقی سنت و تعجدد به قوانین عادی ایران راه نیافته است.

این حکم در قانونی آمده است که نامش «قانون جزا» است و در ۳۱ سنبله (شهریور) سال ۱۳۵۵ هجری شمسی طی یک فرمان تقنینی (شکلی از قانون‌گذاری اضطراری^{۱۴}) توسط صدارت عظمای دولت رئیس جمهور سردار محمد داوود خان به وزیر عدلیه وقت تصویب و توشیح و در ۳۰ حمل (فروردین) سال بعد در جریده رسمی شماره ۳۴۷ منتشر و به موجب ماده‌ی آخر آن یک ماه پس از انتشار، یعنی ۳۰ ثور (اردیبهشت)، نافذ گردیده است. ماده‌ی مورد بحث آن نیز ماده‌ی اول آن است:

«این قانون جرایم و جزاهای تعزیری را تنظیم می‌نماید. مرتکب جرایم حدود، قصاص و دیت مطابق احکام فقه حنفی شریعت اسلام مجازات می‌گردد.»

^{۱۴} فرامین تقنینی (موضوع ماده‌ی ۷۹ قانون اساسی کنونی) شکلی از قانون‌گذاری اضطراری اند که در گذشته نیز در نظام حقوقی افغانستان وجود داشته‌اند. این فرامین مصوب رئیس جمهورند نه پارلمان و تنها «در حالت تعطیل ولسی جرگه، در صورت ضرورت عاجل، به استثنای امور مربوط به بودجه و امور مالی» صادر شده و به صورت موقت تا رسیدگی موضوع در پارلمان در حکم قانون اند. قانون جزای فعلی نیز در قالب یک فرمان تقنینی در سال ۱۳۵۵ به تصویب رسیده و همچنان معتبر است.

همینجا شایسته است به این نکته پردازیم که پس از برقراری نظم سیاسی و حقوقی جدید در افغانستان، و تا آخرین روزهای پیش از تشکیل پارلمان، یک رشته فرمان‌های تقنینی جزایی عمدتاً ضعیف و ناجور با پیکر نظام جزایی افغانستان و حتی ناهمساز با یکدیگر توسط آقای حامد کرزی (در ابتدا با عنوان رئیس دولت انتقالی و سپس رئیس جمهوری اسلامی افغانستان)، و البته با صحنه‌گردانی و فشار برنامه‌های حمایتی خارجی و بین‌المللی، به سرعت صادر گردید که همگی آن قوانین هم‌اکنون نسخ شده‌اند. به ترتیب، مهم‌ترین آنها عبارت بودند از «قانون اجراءات جزایی مؤقت برای محاکم» (جریده‌ی رسمی ۸۲۰ تاریخ ۱۳۸۲/۱۲/۶)، «قانون مبارزه علیه ارتشاء و فساد اداری» (جریده‌ی رسمی ۸۳۸ تاریخ ۱۳۸۳/۷/۲۰)، «قانون مبارزه علیه تمویل تروریسم» (جریده‌ی رسمی ۸۳۹ تاریخ ۱۳۸۳/۷/۳۰)، «قانون مبارزه علیه تطهیر پول و عواید ناشی از جرایم» (جریده‌ی رسمی ۸۴۰ تاریخ ۱۳۸۳/۸/۱۰)، «قانون پولیس» (جریده‌ی رسمی ۸۶۲ تاریخ ۱۳۸۴/۶/۳۱)، و «قانون مبارزه علیه مواد مخدر» (جریده‌ی رسمی ۸۷۵ تاریخ ۱۳۸۴/۱۱/۱۵). برای مثال، پیش‌نویس آمریکایی قانون اخیر (قانون مبارزه علیه مواد مخدر) بسیار با عجله نهایی شد تا فرصت صدور فرمان تقنینی از دست نرود و فرمان مربوط نیز تنها دو روز پیش از افتتاح پارلمان صادر گردید. پس از افتتاح پارلمان نیز (سوء) استفاده از سنت صدور فرامین تقنینی (جزایی) تا به امروز ادامه یافته است، البته با تنظیم دقیق زمان صدور آن فرامین با تعطیلات پارلمان!

برای تفصیل انتقادات وارد به هر یک از قوانین اضطراری فوق بنگرید به:

Hartmann & Klonowiecka-Milart, 2011, pp. 275-290.

گرچه در زمان تصویب این قانون در سال ۱۳۵۵ ماده‌ی یکصد و سی‌ام قانون اساسی فعلی (۱۳۸۲) وجود خارجی نداشته، ولی این قانون در پرتو قانون اساسی دیگری نوشته شده که دست بر قضا نه تنها در آن بلکه در سایر قوانین اساسی پس از آن نیز اصل رجوع به شریعت به طور کلی یا به فقه حنفی به طور خاص، در کنار اصل قانونی بودن جرایم و جزاها، به چشم می‌خورد.

۱-۲. در قوانین اساسی پیشین

به طور کلی، افغانستان، از زمان پادشاهی امیر امان‌الله خان تا کنون، هشت قانون اساسی به خود دیده است.^{۱۵} پیش از قانون اساسی فعلی، در دوران «امارت اسلامی افغانستان» (موسوم به طالبان)، مادامی که در قدرت بودند، قانون اساسی وجود نداشت.^{۱۶} در دوران دولت اسلامی مجاهدین نیز

^{۱۵} به ترتیب تاریخ، اولین قانون «نظامنامه‌ی اساسی دولت علی‌یه افغانستان» است که در دوره‌ی امیر امان‌الله خان در ۷۳ ماده، نخست در ۱۰ حوت ۱۳۰۱ در لویه جرگه‌ی سمت مشرقی با عضویت ۸۷۲ نفر و سپس در ماه سرطان ۱۳۰۳، در لویه جرگه‌ی پغمان با عضویت ۱۰۵۲ نفر به تصویب رسید. دومین قانون اساسی «اصول اساسی دولت علی‌یه افغانستان» است که در دوران محمد نادر شاه در ۸ عقرب ۱۳۱۰ در ۱۱۰ ماده به تصویب رسید. و سومین قانون اساسی نیز قانون اساسی سال ۱۳۴۳ است که در دوره‌ی زمامداری محمد ظاهر شاه به تاریخ ۲۹ سنبله‌ی ۱۳۴۳ در ۱۱ فصل و ۱۲۸ ماده به تصویب لویه جرگه رسید و در ۹ میزان ۱۳۴۳ با توشیح وی نافذ گردید. چهارمین قانون اساسی نیز در سال ۱۳۵۵ در دوره‌ی ریاست جمهوری سردار محمد داوود خان در ۱۳ فصل و ۱۳۶ ماده به تاریخ ۲۵ دلو ۱۳۵۵ از طرف لویه جرگه تصویب و در ۵ حوت ۱۳۵۵ از طرف وی توشیح شد. پنجمین قانون اساسی «اصول اساسی جمهوری دموکراتیک افغانستان» است که در ۲۵ حمل ۱۳۵۹ توسط «شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان» در زمان بیرک کارمل در ۶۸ ماده به طور موقت تصویب گردید. ششمین قانون اساسی سال ۱۳۶۶ است که در دوره‌ی ریاست جمهوری دکتر محمد نجیب‌الله به تاریخ ۸ قوس ۱۳۶۶ در ۱۳ فصل و ۱۳۹ ماده از طرف لویه جرگه تصویب و به تاریخ ۹ قوس ۱۳۶۶ از طرف رییس جمهور توشیح گردید. هفتمین قانون اساسی در حقیقت تعدیل قانون اساسی پیش از آن است در سال ۱۳۶۹ که به تاریخ ۸ جوزا ۱۳۶۹ توسط لویه جرگه تصویب شد. پس از آن، در دوران مجاهدین، و همچنین طالبان، مادامی که در قدرت بودند، قانون اساسی جدیدی به تصویب نرسید. و در نهایت هشتمین قانون اساسی در سال ۱۳۸۲ پس از فروپاشی امارت اسلامی افغانستان (موسوم به طالبان) و در زمان دولت انتقالی اسلامی افغانستان ابتدا توسط کمیسیون ۹ نفره‌ی «تسوید» و سپس کمیسیون ۳۵ نفره‌ی «تدقیق» تهیه و در لویه جرگه‌ی مورخ ۲۲ قوس تا ۱۴ جدی سال ۱۳۸۲ در ۱۲ فصل و ۱۶۲ ماده به تصویب رسید و در ۶ دلو ۱۳۸۲ توسط آقای حامد کرزی رییس وقت دولت انتقالی اسلامی افغانستان توشیح گردید. بنگرید به دانش، ۱۳۸۹، ۶۱ تا ۶۴.

در ضمن، تمامی این قوانین را وزارت عدلیه‌ی افغانستان به صورت یک مجلد به چاپ رسانده است: دانش، سرور (به اهتمام)، مجموعه‌ی کامل قوانین اساسی افغانستان، وزارت عدلیه‌ی جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۸۶.

^{۱۶} اگر در جستجوی اسناد حقوقی تأسیسی «امارت اسلامی افغانستان» به نخستین شماره‌ی جریده‌ی رسمی منتشر شده در آن دوران مراجعه کنیم (جریده‌ی رسمی شماره‌ی ۷۸۳ سال ۱۳۷۶)، در آغاز با «توصیه و پیغام امیرالمؤمنین

گرچه پیش‌نویس یک قانون اساسی به دستور استاد برهان الدین ربانی تهیه و در پاییز ۱۳۷۳ به امضای وی رسید ولی هیچگاه فرایند تصویب آن در لویه جرگه و انفاذ آن تکمیل نشد.^{۱۷} پیش از مجاهدین، در قانون اساسی افغانستان مصوب ۱۳۶۶ و اصلاحی ۱۳۶۹ در دوران حکومت داکتر محمد نجیب الله که در ماده‌ی چهل و یکم خود اصل قانونی بودن جرم و جزا را پیش‌بینی کرده بود رجوع به شریعت در ماده‌ی یکصد و دوازدهم آن آمده بود: «... در حالاتی که قانون صراحت نداشته باشد، محکمه قضایا را طبق احکام شریعت اسلام به نحوی حل و فصل می‌نماید که عدالت را به بهترین وجه ممکن تأمین نماید.» بنابراین، در آن قانون رجوع به شریعت مقید به موارد عدم صراحت قانون بود. همچنین، «اصول اساسی جمهوری دموکراتیک» مصوب ۱۳۵۹ در حکومت ببرک کارمل (با گرایش‌های کمونیستی و هماهنگ با اتحاد جماهیر شوروی) که در ماده‌ی سی‌ام خود اصل قانونی بودن جرایم و جزاها را به رسمیت شناخته بود، در ماده‌ی پنجاه و ششم خود حکم می‌کرد که «... در حالاتی که قانون صراحت نداشته باشد محکمه قضایا را طبق احکام شریعت و اصول قانونیت دموکراتیک و عدالت حل و فصل می‌نماید.»

اما نزدیک‌ترین عبارت‌ها به الفاظ ماده‌ی یکصد و سی‌ام قانون اساسی کنونی افغانستان در قانون اساسی ۱۳۵۵ سردار محمد داوود خان وجود داشت. آن قانون که در ماده‌ی سی‌ام خود اصل قانونی بودن جرایم و جزاها را به رسمیت شناخته بود، در ماده‌ی نود و نهم خود حکم می‌کرد که

مجاهد ملا محمد عمر آخند، روبرو می‌شویم که با این جمله خطاب به «طالبان محترم» آغاز می‌گردد: «این تحریک [نهضت] که برای اقامه‌ی دین خدا (ج) آغاز گردیده است، شما به دست خود آن را خراب می‌کنید. این را به کسانی می‌گویم که بالای کس دیگری تکیه می‌کند و یا به جنگ نمی‌رود و یا هم به این فکر می‌باشد که در جنگ موثر [خودرو] پیدا کند، از محل جنگ گریز می‌کند و اسلحه و موتر را دزدی می‌کند، هر یک خود را به محل خود می‌رساند و یا هم در فکر هوا و چوکی [صندلی، کنایه از مقام] می‌باشد. آیا تمام این قربانی‌ها برای چنین چیزها صورت گرفته است؟ پس اگر چنین اشخاص توبه نکنند زیانکاران دنیا و آخرت خواهند بود...» لحن اسناد بعدی نیز مشابه همین سند است و به مسائلی چون «پرهیز از قوم پرستی»، «پرهیز از به کار گیری اطفال برهنه‌روی در داخل صفوف جهاد»، «پرهیز از گناه کبیره‌ی آشکار تراش یا کوتاه کردن ریش»، «تهدید به مجازات گروه‌هایی که سازمان خود را منحل نکرده و به تحریک اسلامی طلباء کرام نمی‌پیوندند»، «تعیین تکلیف زمین‌های حکومتی»، توصیه به مسئولین ولایات و قوماندانی [فرماندهی] امنیت مبنی بر «کوشا بودن در امور دینی»، «منع بودن مطلق کشیدن سگرت» برای مسئولان و... پرداخته‌اند که ماهیت تأسیسی قانون اساسی در معنای مدرن آن ندارند. اگر چه احکامی موردی راجع به تأسیس «ریاست عشر و ذکوه» و «اداره‌ی امر بالمعروف و نهی عن المنکر» نیز در نخستین شماره‌ی جریده‌ی رسمی آن دوران به چشم می‌آید.

^{۱۷} در باره ایرادهای وارد بر پیش‌نویس استاد ربانی بنگرید به انتهای پانوشته شماره‌ی ۲۰.

«هر گاه برای قضیه‌ای از قضایای مورد رسیدگی در قانون اساسی و قوانین دولت حکمی موجود نباشد محاکم به پیروی از اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده در چنین احوال حکمی صادر می‌کنند که در نظرشان عدالت را به بهترین صورت ممکن تأمین نماید.» این ماده نیز، به نوبه‌ی خود، دقیقاً از روی ماده‌ی یکصد و دوم قانون اساسی ۱۳۴۳ محمد ظاهر شاه رونویسی شده بود که آن قانون نیز در ماده‌ی بیست و ششم خود اصل قانونی بودن جرایم و جزاها را به رسمیت می‌شناخت.^{۱۸}

محمد ظاهر شاه با کودتای ۲۶ سرطان (تیر) ۱۳۵۲ توسط پسرعمویش، سردار محمد داوود، از سلطنت خلع گردید. داوود خان نخستین نظام جمهوری را بنا نهاد و بدین سان قانون اساسی پادشاهی مشروطه‌ی ۱۳۴۳ را تعطیل کرد. وی فرایند تصویب و توشیح و انفاذ قانون اساسی نظام جمهوری خود را تا ۵ حوت (اسفند) ۱۳۵۵ به تأخیر انداخت. این در حالی است که قانون جزای افغانستان در ۳۱ سنبله (شهریور) ۱۳۵۵ تصویب و توشیح گردید ولی هفت ماه پس از آن در ۳۰ حمل (فروردین) ۱۳۵۶ در جریده‌ی رسمی منتشر گردید. بنابراین، زمان تصویب و توشیح آن وقتی بود که پس از قانون اساسی مشروطه‌ی پادشاهی ۱۳۴۳ هنوز قانون اساسی جدیدی وجود

^{۱۸} پیش از قانون اساسی ۱۳۴۳ دوران محمد ظاهر شاه دو قانون اساسی دیگر نیز در افغانستان وجود دارد. در آن دو قانون، اصل قانونی بودن جرایم و جزاها در مفهوم مدرن آن به رسمیت شناخته نشده و یک نوع در هم آمیختگی میان قانون و مذهب، با درجه‌ی بیشتری نسبت به زمانه‌ی کنونی، مخصوصاً در قانون اساسی دوم، قابل مشاهده است: اولین قانون اساسی افغانستان متعلق به دوران امیر امان الله خان در سال ۱۳۰۳ هجری شمسی (آغاز تجدد) است و دومی در عهد زمامداری محمد نادر شاه در سال ۱۳۱۰ (واکنش سنت) به تصویب رسیده است. در باب «جرایم»، در ماده‌ی بیست و یکم اولین قانون آمده که: «در محاکم عدلیه عرض و داد عمومی مطابق شریعت و اصول محاکم حقوقیه و جزائیه فیصله کرده می‌شود.» (همزمان در ایران محاکم عدلیه و شرعیه در قوانین به رسمیت شناخته شده بود. بنگرید به پانوش شماره‌ی ۳۷). و در دومین قانون، در اصل هشتاد و هشتم نیز ذکر شده: «در محاکم شرعیه دعاوی مرجوعه مطابق مقررات مذهب حنفی (رح) فیصله می‌شوند.» در باب «جزاها» نیز در قانون اساسی اول در ماده‌ی دهم و در قانون اساسی دوم در اصل یازدهم، در هر دو با الفاظ یکسان، حکم شده: «حریت شخصیه از هر گونه تعرض و مداخلت مصون است. هیچ کس بدون امر شرعی و نظامات مقننه تحت توقیف گرفته و مجازات کرده نمی‌شود...» و ماده‌ی بیست و سوم اولین قانون اساسی و اصل نوزدهم دومین قانون اساسی نیز حکم می‌کرد که شکنجه و دیگر انواع زجر تماماً موقوف است و «خارج احکام شرع شریف و نظامات دولت» هیچ کس مجازات نمی‌شود.

بنابراین، اگر چه این دو قانون کوشیده‌اند برای اولین بار در کشور یک نوع «ضابطه‌مندی کیفری» در معنای پیشاعلمی آن بر قرار کنند، ولی «قانونمندی کیفری» یا همان اصل قانونی بودن جرایم و جزاها در معنای مدرن و امروزی آن را نمی‌توان از مواد یا اصول این دو قانون استخراج کرد.

نداشت، اما از آنجا که ماده‌ی ۵۲۳ قانون جزا حکم می‌کند که ۳۰ روز پس از نشر آن در جریده‌ی رسمی نافذ می‌شود، انفاذ آن در زمانی رخ داد که قانون اساسی داوود خان از بیش از دو ماه پیش از آن نافذ گشته بود. گرچه حتی اگر قانون جزا پیش از قانون اساسی نیز نافذ می‌گردید، قانون اساسی داوود خان، هم به دلیل قانون عالی بودنش و هم به دلیل قانون مؤخر بودنش بر قانون عادی و مقدم جزا حاکم می‌بود.

به هر رو، از آنجا که هم‌اکنون تمامی قانون اساسی‌های پیش از قانون اساسی کنونی ملغی شده‌اند، ماده‌ی اول قانون جزای افغانستان مصوب سنبله‌ی ۱۳۵۵ و نافذ از ثور ۱۳۵۶ را بر اساس مجموعه‌ی احکام مذکور در قانون اساسی کنونی بررسی می‌کنیم. اما در نظر داریم که کلیات راه کار و تحلیلی را که در ادامه ارائه می‌دهیم نه تنها در پرتو قانون اساسی کنونی معتبر است، بلکه قابل سرایت به گذشته، از آغازین روز انفاذ قانون جزا، نیز است. چرا که از حیث احکام راجع به اصل قانونی بودن جرایم و جزاها، چارچوب کلی این قانون اساسی با قانون اساسی نافذ در آن زمان و قوانین اساسی زمان‌های پس از آن شباهت کامل دارد.

۲. نسخ ماده‌ی اول قانون جزا

توسط مواد بیست و هفتم و یکصد و سی‌ام قانون اساسی

به نظر می‌رسد ماده‌ی اول قانون جزا در آن بخش که رسیدگی به جرایم حدود، قصاص و دیات را به فقه حنفی ارجاع می‌دهد - اگر نگوییم از نخستین روز انفاذ آن قانون در ثور ۱۳۵۶ (بنگرید به بالا) - دست کم، در نظم حقوقی کنونی افغانستان (پس از تصویب قانون اساسی جدید ۱۳۸۲) نسخ شده است و از نظر حقوقی قابل استناد نیست. زیرا به موجب ماده‌ی بیست و هفتم قانون اساسی کنونی هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود و هیچ شخص را نمی‌توان مجازات کرد مگر به حکم «قانونی» که پیش از ارتکاب آن نافذ گردیده باشد. این ماده صراحتاً کلمه‌ی «قانون» را به کار برده است. فقه حنفی قانون نیست (دست کم در قانون اساسی کنونی^{۱۹}). زیرا بر مبنای همین قانون اساسی، «قانون» به صراحت تعریف شده است؛ تعریفی که فقه حنفی را به هیچ رو در بر نمی‌گیرد. به موجب ماده‌ی نود و چهارم قانون اساسی: «قانون عبارت است از مصوبه‌ی هر دو

^{۱۹} برخلاف قانون اساسی کنونی، در قانون اساسی محمد ظاهر شاه، به شرطی که در ساحه‌ی قانون وجود نمی‌داشت،

فقه حنفی در حکم قانون بود. بنگرید به پانوش شماره‌ی ۲۰ (بعدی).

مجلس شورای ملی که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد...»^{۲۰} بنابراین، به نظر می‌رسد که دیدگاه برخی که شرع را در کنار قانون منبع مستقیم جرم‌انگاری در نظام جزایی کنونی افغانستان قلمداد کرده‌اند، با اصول قانون اساسی معتبر در این کشور مغایر است.^{۲۱} همچنین دیدگاه صلح‌جویانه‌ی دیگری نیز که رجوع به فقه حنفی را فقط در بخش تعزیرات با قانون اساسی مغایر دانسته و آن را در بخش جرایم معینه (حدود، قصاص و دیات) مجاز می‌داند، انطباق کامل با قانون اساسی کنونی افغانستان ندارد.^{۲۲}

^{۲۰} این ماده دستاورد پیروزی «قانون» در جدال طولانی مدت قانون‌گرایی و فقه‌گرایی در افغانستان است؛ جدالی که از اوایل قرن گذشته‌ی میلادی و به طور مشخص از دوران اصلاحات سردار امان الله خان آغاز گردید و با شورش مذهبیان علیه او و پادشاهی محمد نادر شاه استمرار یافت. این ماده برای اولین بار توانست در سال ۱۳۴۳، البته با الفاظی محافظه‌کارانه‌تر از ویرایش امروز آن، در قانون اساسی محمد ظاهر شاه وارد شود و کم و بیش در تمامی قوانین اساسی پس از آن نیز (البته به جز پیش‌نویس قانون اساسی دولت اسلامی استاد برهان الدین ربانی در سال ۱۳۷۳ که هرگز قانون نشد) پابرجا بماند.

ماده‌ی شصت و نهم قانون اساسی محمد ظاهر شاه: «به استثنای حالاتی که برای آن طرز عمل خاصی در این قانون اساسی تصریح گردیده، قانون عبارت است از مصوبه‌ی مراجع هر دو جرگه که به توشیح پادشاه رسیده باشد. در ساحه‌ای که چنین مصوبه موجود نباشد عبارت است از احکام فقه حنفی شریعت اسلام.» در قانون اساسی بعدی (سردار محمد داوود خان)، در ماده‌ی شصت و سوم، تعریف قانون به این شکل اصلاح شد که «قانون عبارت است از مصوبه‌ی ملی جرگه که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد.» و ذیل ماده‌ی مربوط در قانون اساسی محمد ظاهر شاه نیز از این تعریف حذف گردید.

در مورد این جدال قانون و شرع در سده‌ی بیستم افغانستان، مثلاً بنگرید به: Kamali, 2008, pp. 288-293. و برای نقد پیش‌نویس قانون اساسی دولت اسلامی استاد برهان الدین ربانی از جهت بر هم زدن تعادل تاریخی که در قوانین اساسی گذشته میان دین و تجدد به وجود آمده بود، همچنین به دلیل عدم رعایت توازن قومی و مذهبی (مثلاً به حساب نیاوردن شیعیان) و استفاده‌ی افراطی (و چه بسا ابراری) از اسلام (در بیش از ۴۴ ماده از مجموع ۱۱۴ ماده‌ی پیش‌نویس) بنگرید به: Pasarlay, 2016, pp. 183-205.

^{۲۱} برای مثال بنگرید به نظریه‌ی بازتاب‌یافته در رهنمود زیر که معتقد است: «حقوق جزا در افغانستان دارای دو منبع اصلی است. نخستین منبع حقوق اسلامی کلاسیک است و دومین منبع نیز عبارت است از قوانین جزایی موضوعه شامل قانون جزا و دیگر قوانین مرتبط با آن...» (صفحه‌ی ۸۳).

Afghan Legal Education Project (alep), *An Introduction to the Criminal Law of Afghanistan*, 2009, esp. pp. 10-13 and 83-104.

^{۲۲} برای مثال بنگرید به نظر این نویسنده: رسولی، ۱۳۹۱، ۲۲۳، مبنی بر اعتبار ماده‌ی اول قانون جزا در جواز رجوع به فقه در بخش جرایم و مجازات‌های مقدّره، با این استدلال که «اینگونه جرایم و مجازات معین و مشخص بوده، اعداد آن حصر و به معنای ایجاد جرم و جزا از طرف قاضی نمی‌باشد».

ممکن است ایراد گرفته شود که همین قانون اساسی - علاوه بر تعریف قانون - اجازه‌ی ارجاع به فقه حنفی را نیز در پاراگراف دوم ماده‌ی یکصد و سی‌ام خود داده است. اما به نظر نمی‌رسد با توسل به ماده‌ی یکصد و سی‌ام نیز بتوان ماده‌ی اول قانون جزا را از نسخ شدن نجات داد. به پنج دلیل:

نخست: ماده‌ی یکصد و سی‌ام مشروط است به قضایایی که نه در قانون اساسی و نه در سایر قوانین حکمی برایشان موجود نباشد. آیا برای قضیه‌ای جزایی که برآنیم به استناد ماده‌ی اول قانون جزا به فقه حنفی مراجعه کنیم، حکمی در قانون اساسی وجود ندارد؟ آیا مفاد مواد بیست و هفتم و نود و چهارم قانون اساسی احکامی صریح و روشن برای آن قضیه‌ی جزایی نیست؟ پس آن قضیه از جمله قضایایی نخواهد بود که برای آن حکمی در قانون اساسی موجود نباشد تا بتوان به ماده‌ی یکصد و سی‌ام استناد کرد.

دوم: حتی اگر شرط «عدم وجود حکم در قانون اساسی» در صدر ماده‌ی یکصد و سی‌ام نمی‌بود و بدین جهت استفاده از این ماده برای قضایای جزایی مشمول ماده‌ی اول قانون جزا (حدود، قصاص و دیات) امکان‌پذیر می‌بود - که نیست - باز در ذیل ماده‌ی یکصد و سی‌ام قانون اساسی ارجاع به فقه حنفی به صورت مطلق نیامده بلکه مقید است به «در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده» و بدیهی است که مواد بیست و هفتم و نود و چهارم قانون اساسی «حدود وضع شده» توسط همین قانون اساسی‌اند و بدون در نظر داشتن آنها نمی‌توان در مسائل جزایی مستقیماً به فقه حنفی مراجعه کرد.

سوم: حتی اگر اجرای ماده‌ی یکصد و سی‌ام مقید به: ۱. موارد فاقد حکم در قانون اساسی، و مشروط به: ۲. رعایت حدود قانون اساسی هم نشده بود، باز نیز، ما با دو ماده در قانون اساسی مواجه می‌بودیم - یکی ماده‌ی یکصد و سی‌ام و دیگری ماده‌ی بیست و هفتم - که در ظاهر با هم تعارض داشتند. (این حالت دقیقاً مشابه وضعیت اصل قانونی بودن در قانون اساسی کنونی ایران می‌شد که در آن با دو اصل ۳۶ و ۱۶۷ مواجهیم که در ظاهر با هم تعارض دارند). در چنین حالتی، این مواد متعارض قانون اساسی نیازمند «تفسیر حقوقی» می‌بودند.^{۲۳} بدیهی است که قاعده

^{۲۳} روشن است که «تفسیر حقوقی» چیزی است متفاوت از «تفسیر قانون». آنچه ستره محکمه به موجب ماده‌ی یکصد و بیست و یکم قانون اساسی و فقره‌ی دوم ماده‌ی بیست و هشتم قانون تشکیل و صلاحیت قوه‌ی قضائیه بدان موظف شده، تفسیر قوانین (و فرامین تقنینی) به تقاضای حکومت یا محاکم است، ولی تفسیر حقوقی نه تنها وظیفه که ابزار

نیز در «تفسیر حقوقی» این است که «الجمع مهما أمکن أولى من الطرح»: اگر چنانچه دو حکم در ظاهر متعارض با هم قابل جمع‌اند، جمع کردن بین آن دو اولویت دارد نسبت به اینکه آن احکام کنار گذاشته شوند.

جمع این دو ماده ممکن است: بدین صورت که ماده‌ی یکصد و سی‌ام «ماده‌ی عام» است زیرا لفظ آن راجع است به «هر» قضیه‌ای که حکمی برای آن در قانون اساسی یا قوانین عادی نیامده - خواه آن قضیه جزایی باشد، خواه غیر جزایی - و از سوی دیگر ماده‌ی بیست و هفتم «ماده‌ی خاص» است و فقط شامل قضایای جزایی است. در حقیقت، ماده‌ی یکصد و سی‌ام توسط ماده‌ی بیست و هفتم «تخصیص» یافته است و قضایای جزایی از تحت شمول حکم عام ماده‌ی یکصد و سی‌ام خارج شده و تحت حکم خاص ماده‌ی بیست و هفتم مندرج گردیده‌اند. به عبارت دیگر، جمع دو ماده این می‌شود:

در تمامی قضایایی که برایشان حکمی وجود ندارد به پیروی از فقه حنفی حکم می‌شود (موضوع ماده‌ی یکصد و سی‌ام)، مشروط بر اینکه آن قضایای قضایای جزایی (موضوع ماده‌ی بیست و هفتم) نباشد.

نتیجه اینکه دایره‌ی اجرای ماده‌ی یکصد و سی‌ام قضایای مدنی و تجارتي و به طور کلی هر قضیه‌ای غیر از قضایای جزایی است؛ چرا که ماده‌ی بیست و هفتم اصل قانونی بودن جرم و جزا را در مورد قضایای جزایی شرط دانسته و آن قضایا را از شمول ماده‌ی یکصد و سی‌ام خارج ساخته است.

چهارم: شاهدهی بر صحت این نظریه استفاده از عبارت «حل و فصل نماید» در ماده‌ی یکصد و سی‌ام قانون اساسی است. چرا که آنچه قاضی در دعاوی جزایی صادر می‌کند فیصله‌ی قاطع است و «حل و فصل قضیه» بیشتر ماهیت ترافعی، طرفینی و مدنی دارد. علاوه بر این، قرینه‌ی دیگر تکرار همین واژه‌ها در ماده‌ی بعدی قانون اساسی است: ماده‌ی یکصد و سی و یکم فوراً پس از ماده‌ی یکصد و سی‌ام در مورد «قضایای مربوط به احوال شخصیه‌ی اهل تشیع» (که ماهیت مدنی، طرفینی و ترافعی آن روشن است) و سایر دعاوی آنها «اگر در قانون اساسی و قوانین دیگر حکمی موجود نباشد»، بار دیگر، حکم کرده است که محاکم قضیه را مطابق به احکام مذهب تشیع «حل و فصل» می‌نمایند.

کار تمامی قضات و حقوقدانان است و بدون آن تطبیق قوانین متفاوت و بعضاً متعارض بر قضایای متنوع حقوقی و جزایی غیرممکن است.

پنجم: شاهد دیگر وجود همین ماده‌ی یکصد و سی و یکم قانون اساسی در مورد اهل تشیع است. اگر قضایای جزایی را (در کنار قضایای مدنی و تجارتی) مشمول حکم ماده‌ی یکصد و سی و یکم نیز دقیقاً چنین حکمی صادر کنیم و قضایای جزایی میان شیعیان را بر اساس فقه جعفری رسیدگی نماییم؛ چرا که این ماده محاکم را مکلف کرده، علاوه بر دعاوی احوال شخصیه‌ی شیعیان، «در سایر دعاوی آنها نیز اگر در قانون اساسی و قوانین دیگر حکمی موجود نباشد» بر اساس احکام مذهب تشیع حکم صادر کنند. آیا پذیرفتنی است که به صرف اینکه دو طرف یک قضیه‌ی جزایی شیعه‌اند، به یکباره، نظام چه بسا سختگیرانه‌تری از قواعد حدود و قصاص را بر آنها تحمیل نماییم؟ آیا با برخورد افتراقی و چه بسا تبعیض‌آمیز با یک دسته از مجرمان، بر اساس مذهب خود آنها و مجنی‌علیه‌شان، می‌توان نظم عمومی را در یک جامعه‌ی مدرن و از نظر قومی و مذهبی متکثر برقرار ساخت؟

ممکن است اعتراض شود که فعلاً با وجود ماده‌ی اول قانون جزا استناد به فقه جعفری برای دعاوی جزایی میان شیعیان منتفی است، چرا که ماده‌ی یکصد و سی و یکم صراحتاً به قضایایی میان شیعیان راجع است که در قوانین دیگر برای آنها حکمی نباشد. اما پاسخ ما این است: اگر ماده‌ی اول قانون جزا وجود نمی‌داشت که بدون در نظر گرفتن مذهب طرفین دعاوی جزایی، فقه حنفی را در بخش حدود و قصاص و دیات بر همه‌ی باشندگان افغانستان به شمول شیعیان تحمیل کند، حاضر بودیم بپذیریم که دعاوی جزایی شیعیان مطابق فقه جعفری حل و فصل شود؟ به عبارت دیگر، اینکه چنین اعتقادی نداریم، آیا صرفاً به دلیل وجود ماده‌ی اول قانون جزاست یا به دلیل یک سلسله از اصول علم حقوق جزا که پیش از تصویب ماده‌ی اول قانون جزا معتبر بوده‌اند و در آینده، حتی اگر این ماده وجود نداشته باشد، باز نیز همچنان معتبر خواهند بود؟

اصولاً، قوانین جزایی به مثابه ابزار برقراری نظم عمومی ماهیتی عمومی، سراسری و غیرطرفینی دارند و بر همگی باشندگان یک کشور (به شمول خارجی‌ان) حاکم‌اند. بنابراین، همانطور که مجبوریم معتقد شویم که در ماده‌ی یکصد و سی و یکم، فقه جعفری منصرف است از دعاوی جزایی میان شیعیان، باید بپذیریم که در ماده‌ی یکصد و سی و یکم نیز فقه حنفی منصرف است از دعاوی جزایی میان همه‌ی باشندگان افغانستان، از هر کشور، قومیت یا مذهبی که باشند.

نتیجه اینکه: ماده‌ی بیست و هفتم قانون اساسی قضایای جزایی را از شمول در ذیل هر دو ماده‌ی یکصد و سی‌ام و یکصد و سی و یکم خارج ساخته است و ماده‌ی اول قانون جزا نیز که ماده‌ی بیست و هفتم قانون اساسی را نقض کرده بی‌اعتبار است. اما این «بی‌اعتباری» چگونه است؟ و دیگر اینکه تکلیف مواد مشابه با آن که ممکن است در آینده به تصویب برسند چیست؟

۳. راه حلی برای حال و آینده:

نظام حقوقی و نظریه‌ی «قانون ضعیف»

عجالتاً باید بگوییم که بعید نیست در آینده نیز موادی مشابه ماده‌ی اول قانون جزا به تصویب برسند که در پی آن باشند، تا در قالب قوانین عادی، ماده‌ی یکصد و سی‌ام قانون اساسی را به حقوق جزا تسری دهند. به طور مشخص، یکی از قوانین عادی آینده، که ممکن است دچار چنین خطایی شود، قانون بعدی جزاست.

«مسوده‌ی قانون جزا» یا به تعبیر برخی «مسوده‌ی کود واحد جزایی» هم‌اکنون (تابستان ۱۳۹۵)، در گروه اصلاح و بازنگری کود جزایی در اداره‌ی تقنین وزارت عدلیه‌ی افغانستان، زیر نظر مشاور وزیر عدلیه، آقای قانونپوه محمد اشرف رسولی، در حال تدوین است. البته در یکی از آخرین نسخه‌های این پیش‌نویس، که نزد نویسنده‌ی این مقاله موجود است، محتوای کنونی ماده‌ی اول قانون جزا حذف و جمله‌ی زیر جایگزین آن شده است:

«این قانون به تأسی از حکم ماده‌ی بیست و هفتم قانون اساسی افغانستان و رعایت احکام مواد بیست و دوم، بیست و سوم، بیست و چهارم، بیست و پنجم، بیست و ششم، بیست و نهم، پنجاه و ششم، پنجاه و نهم و پاراگراف اول ماده‌ی یکصد و سی‌ام آن وضع گردیده است.»

لحن این ماده از پیش‌نویس در ممتاز کردن ماده‌ی بیست و هفتم نسبت به سایر موادی که از آنها یاد کرده و همچنین اشاره‌اش تنها به پاراگراف اول ماده‌ی یکصد و سی‌ام قانون اساسی (و در نتیجه، نامربوط دانستنِ ضمنی پاراگراف دوم ماده‌ی یکصد و سی‌ام در مباحث جزایی) به نظر امیدوارکننده می‌آید. با این همه، هیچ تضمینی نیست که این ماده در مراحل بعد تغییر داده نشود، که در آن صورت، چنانچه در آینده، با تغییر ماده‌ی اول این پیش‌نویس، اصل قانونی بودن در قانون جزای جدید نیز، همانند قانون جزای کنونی، نقض گردد، در آن صورت، اتفاق جدیدی نیفتاده و همانند وضعیت کنونی، استدلال ما در این مقاله همچنان به جای خود برقرار باقی خواهد



ماند. ۲۴

به طور کلی، وضعیت حقوقی ماده‌ی اول قانون جزای کنونی افغانستان یا مواد مشابهی که در آینده در پی تسری پاراگراف دوم ماده‌ی یکصد و سی‌ام قانون اساسی در حقوق جزا باشند کاملاً روشن است، همانگونه که، از نظر نویسنده، وضعیت ماده‌ی ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی ایران^{۲۵} مصوب ۱۳۹۲/۲/۳ و دیگر قوانین شکلی و ماهوی آن کشور که هم اکنون در پی تسری اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی ایران به حقوق کیفری‌اند یا در آینده بدین هدف به تصویب می‌رسند نیز روشن است: این مواد نمی‌توانند ماده‌ی بیست و هفتم قانون اساسی افغانستان یا اصل سی و ششم قانون اساسی ایران را نسخ کنند و قاضی باید قانون اساسی را بر قوانین عادی برتری دهد.

در نتیجه، قاضی موظف است چنانچه عمل ارتكابی با هیچ یک از جرایم موجود در قوانین مدون منطبق نباشد، و یا با ماده‌ای منطبق باشد ولی مجازات مشخصی برای آن تعیین نشده باشد، با استناد به اصل قانونی بودن جرایم (نص ماده‌ی بیست و هفتم در افغانستان و مضمون موافق اصل یکصد و شصت و نهم در ایران) و یا اصل قانونی بودن جزاها (نص ماده‌ی بیست و هفتم در افغانستان و نص اصل سی و ششم در ایران) و به این دلیل که آن عمل در قوانین مدون جرم دانسته نشده و یا برای آن مجازات مشخص تعیین نشده، به استناد ماده‌ی بیست و پنجم در افغانستان و یا اصل سی و هفتم در ایران به برائت مرتکب آن حکم دهد.

راه حل دیگری وجود ندارد؛ چرا که در آن صورت باید در افغانستان ماده‌ی بیست و هفتم قانون اساسی و در ایران اصل سی و ششم را به کلی کنار بگذاریم، که چنین اجازه‌ای در مورد این اصل و به طور کلی هیچ یک از اصول قانون اساسی نداریم. به عبارت دیگر، اگر ماده‌ی یکصد و سی‌ام (و در ایران: اصل ۱۶۷) عام‌الشمول و تخصیص نخورده باقی بماند موجب بیهودگی ماده‌ی بیست و هفتم (و در ایران: اصل ۳۶) می‌شود، ولی مخصّص بودن ماده‌ی بیست و هفتم (و در ایران: اصل ۳۶) به وجود ماده‌ی یکصد و سی‌ام (و در ایران: اصل ۱۶۷) آسیبی نمی‌رساند و فقط

^{۲۴} البته امیدواریم که ماده‌ی اول پیش‌نویس به همین صورت باقی بماند و اصل قانونی بودن در قانون جزای بعدی افغانستان نقض نگردد. در حقیقت، یکی از مهم‌ترین اهداف نویسنده از نگارش این مقاله، به سهم خود، حمایت از موضع علمی صحیح کارشناسان خوشفکر و دانشمند اداره‌ی تقنین وزارت عدلیه است برای پیشگیری از انحراف احتمالی پیش‌نویس فوق در ایستگاه‌های بالاتر.

^{۲۵} متن این ماده را در پانوشته شماره‌ی ۱۳ بیابید.

دایره‌ی اجرای آن را محدودتر می‌کند و البته همزمان یکی از بنیادی‌ترین اصول علم حقوق جزا را نیز حفظ می‌نماید.

بنابراین، تا روزی که ماده‌ی بیست و هفتم قانون اساسی افغانستان و اصل سی و ششم قانون اساسی ایران در این قوانین اساسی وجود دارند، ماده‌ی اول قانون جزای افغانستان، و ماده‌ی ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی ایران و هر ماده‌ی مشابهی که احتمالاً در آینده با هدف توسعه‌ی ماده‌ی یکصد و سی‌ام قانون اساسی افغانستان و اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی ایران به حقوق جزا تصویب گردد، قابلیت اجرا نخواهند داشت.

به نظر نویسنده، می‌توان نام «قانون ضعیف» را برای این دسته از قوانین برگزید؛ قوانینی که از همان آغاز تولد، اصول اساسی علم حقوق، پرنسپ‌های نظام حقوقی و مقتضیات زمان و مکان را نقض می‌کنند و از این رو، به دست خود، موجبات متروکه رها شدنشان را، هم در سطح آکادمیک و هم در سطوح غیر سیاسی تر قضا، و در رقابت با انبوهی از قواعد یا قوانین نسبتاً قوی‌تری که در آن نظام در دسترس‌اند، فراهم می‌کنند.

ادامه‌ی بحث را به ایرادی که ممکن است به راه حل فوق وارد گردد و پاسخ ما به آن ایراد اختصاص می‌دهیم.

۴. دفع دخل مقدر: جایگاه فقه حنفی

در نظام حقوقی افغانستان

برخی ممکن است معترض شوند که درست است که ماده‌ی یکصد و سی‌ام مشروط به رعایت حدود مذکور در قانون اساسی است، اما ماده‌ی بیست و هفتم تنها حد مذکور در آن قانون اساسی نیست. این قانون اساسی (علاوه بر حد تعیین شده در ماده‌ی بیست و هفتم) حد دیگری نیز دارد و آن عبارت است از ماده‌ی سوم آن که حکم کرده «در افغانستان هیچ قانون نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد»؛ حکمی که تقریباً در تمامی قوانین اساسی اخیر افغانستان (به جز قانون اساسی ببرک کارمل ۱۳۵۹) نیز وجود داشته است. لذا باید در ما نحن فیه این حد دیگر (ماده‌ی سوم) نیز در کنار حد اول (ماده‌ی بیست و هفتم) در نظر گرفته شود.

پاسخ ما این خواهد بود که مخاطب ماده‌ی سوم فقط قانون‌گذار عادی (پارلمان) است^{۲۶} و از موضوع بحث ما خارج. (همانگونه که ماده‌ی یکصد و چهل و نهم قانون اساسی نیز از موضوع

^{۲۶} برای نظریه‌ی مخالف - اما در نتیجه‌گیری همسان - با این نظر، بنگرید به: دانش، ۱۳۸۹، ۲۴۲ تا ۲۴۴.

بحث ما خارج است، که حکم کرده: «اصل پیروی از احکام دین مقدس اسلام و نظام جمهوری اسلامی تعدیل نمی‌شوند.» بدیهی است مخاطب این ماده‌ی اخیر نیز لویه جرگه‌ی تعدیل قانون اساسی - مذکور در ماده‌ی یکصد و یازدهم - است و نه مجریان و مفسران قوانین جزایی.^{۲۷}

به عبارت دیگر، ماده‌ی سوم می‌گوید اگر مجلس خواست در موضوعی قانون وضع کند، آن قانون نباید با «معتقدات و احکام اسلام» مخالف باشد. موضوع بحث ما «امکان یا عدم امکان اجرای ماده‌ی اول قانون جزا (رجوع به فقه حنفی) با در نظر داشت حدود تصریح شده در قانون اساسی» بود و نه «شرایطی که باید در هنگام تصویب قوانین جدید مراعات شوند؛ و احياناً ضمانت اجرای عدم رعایت آن شرایط، که ممکن است و توی آن قانون توسط رئیس جمهور یا ابطال آن توسط ستره محکمه باشد.» وانگهی، نکته‌ای که همین جا باید افزوده شود این است که در هنگام تصویب قانون جدید در پارلمان نیز نمی‌توان «فقه حنفی» (مذکور در ماده‌ی یکصد و سی‌ام) را به جای «معتقدات و احکام اسلام» (مذکور در ماده‌ی سوم) نشانند. آنچه کاملاً روشن است اینکه میان این دو رابطه‌ی تساوی برقرار نیست. حال اینکه «معتقدات و احکام اسلام» چیست و کجا تعریف یا فهرست شده، خود بحثی جداگانه است.

پس حتی اگر پارلمان قانونی را تصویب کرد - که در موضوع بحث ما یعنی حدود و قصاص و دیات هنوز چنین کاری نکرده - و در آن هنگام مفاد ماده‌ی سوم قانون اساسی را رعایت نکرد، تا زمانی که آن قانون به موجب سازوکارهای پیش‌بینی شده در همین قانون اساسی (مثلاً با قانون

^{۲۷} نویسنده به این مسئله واقف است که از این جهت، میان ماده‌ی سوم و ماده‌ی یکصد و چهل و نهم قانون اساسی یک اختلاف کوچک وجود دارد و آن عبارت از اینکه ماده‌ی سوم در جایگاه آغازین و استراتژیک تر قانون اساسی و در ذیل «فصل اول: دولت» (شامل هر ۳ قوه، بنگرید به پانوش شماره‌ی ۴۱) و نه «فصل پنجم: شورای ملی» (فقط قوه‌ی مقننه) آمده است، در حالیکه ماده‌ی یکصد و چهل و نهم در جای درست خود ذیل «فصل دهم: تعدیل» وارد گردیده است. اما همانطور که، در ادامه، مفصل تر بحث خواهیم کرد، از آنجا که برای این ماده‌ی «به ظاهر استراتژیک» هیچ «سازوکار و ضمانت اجرای استراتژیکی» پیش‌بینی نشده است، اصل تفکیک قوا، همچنین مواد استراتژیک دیگر قانون اساسی همچون ماده‌ی هفتم آن (رعایت منشور ملل متحد، معاهدات و میثاق‌های بین الدول و اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر)، و لزوم پیشگیری از هرج و مرج ما را و می‌دارد که به استدلالی که در متن آورده‌ایم معتقد شویم تا هیچ یک از مواد قانون اساسی، به طور کامل، کنار گذاشته نشوند. البته شاید بهترین راه حل اصلاح قانون اساسی در این باره (مثلاً با انتقال ماده‌ی سوم به فصل مربوط) باشد، مشروط بر اینکه نفس همین ابهام «تعمدی و استراتژیک» آفریده نشده باشد.

جدید؛ یا با «وتوی» رئیس جمهور به موجب ماده‌ی نود و چهارم قانون اساسی^{۲۸} یا با قرار قضایی ستره محکمه بر اساس ماده‌ی یکصد و بیست و یکم قانون اساسی^{۲۹} ابطال نگردیده، اقتضای اصل تفکیک قوا این است که قوای مجریه و قضائیه آن قانون را، در کنار دیگر اصول و قواعد و قوانین نظام حقوقی، معتبر دانسته و ملاک عمل قرار دهند. چرا که، به طور کلی، یکی از مهم‌ترین دلایل تحمیل هزینه‌های کلان دولت مدرن بر دوش شهروندان عبارت است از برخورداری آنان از مزایای انجام امور از مجاری مسئول برای پرهیز از دچار شدن به روزگار هرج و مرج و به هم ریختگی مسئولیت‌ها.

شاید برخی از ماده‌ی سوم قانون اساسی افغانستان انتظاراتی در حد برقراری نظامی حقوقی شبیه ایران امروز داشته باشند. این انتظار نابجاست. زیرا ماده‌ی سوم قانون اساسی افغانستان با اصل مشابه آن در قانون اساسی ایران - اصل چهارم - یکسان نیست. اصل چهارم قانون اساسی ایران حکم می‌کند که

«کلیه‌ی قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه‌ی اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده‌ی فقهای شورای نگهبان است.»

میان این دو دست کم چهار تفاوت وجود دارد. نخست اینکه از نظر جایگاه حقوقی (و نه لزوماً فرهنگی)، ماده‌ی سوم فقط یک ماده است در کنار سایر مواد همسنگ و بعضاً متعارض با آن در همان «فصل استراتژیک‌تر اول»^{۳۰} قانون اساسی؛ یعنی در کنار موادی چون ماده‌ی چهارم^{۳۱} یا

^{۲۸} ماده‌ی نود و چهارم: «... در صورتی که رئیس جمهور با مصوبه‌ی شورای ملی موافقه نداشته باشد، می‌تواند آن را در ظرف پانزده روز از تاریخ تقدیم با ذکر دلایل به ولسی جرگه مسترد نماید. با سپری شدن این مدت و یا در صورتی که ولسی جرگه آن را مجدداً با دو ثلث آرای کل اعضا تصویب نماید، مصوبه توشیح شده محسوب و نافذ می‌گردد.»

^{۲۹} ماده‌ی یکصد و بیست و یکم: «بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین الدول و میثاق‌های بین المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه می‌باشد.»

^{۳۰} در این باره بنگرید به پانوش شماره‌ی ۲۷ همین مقاله.

^{۳۱} ماده‌ی چهارم قانون اساسی افغانستان: «حاکمیت ملی در افغانستان به ملت تعلق دارد... مقایسه کنید با اصل دوم قانون اساسی ایران که حکم می‌کند: «جمهوری اسلامی نظامی است بر پایه‌ی ایمان به: ۱. خدای یکتا (لا اله الا الله)

صدر ماده‌ی هفتم^{۳۲} و یا حتی ذیل ماده‌ی شانزدهم^{۳۳} و نه بیشتر. این در حالی است که اصل چهارم، به صراحت خودش، دلیل حاکم و سایر مواد قانون اساسی و دیگر قوانین و مقررات دلایل محکوم‌اند (رجوع شود به باب حکومت و ورود در اصول فقه شیعه). در حقیقت، قانون اساسی افغانستان بر اصول ناهمگن تر و متنوع تری مبتنی است که باید باهمدیگر و به مثابه یک مجموعه‌ی غیر قابل تنازل دیده شوند. بدیهی است تفسیر و اجرای هر یک از این اصول مستلزم حفظ توازن و در نظر داشت هم‌افزایی حداکثری میان همگی آنهاست (Moshtaghi, 2012, p. 713). دوم اینکه هیچ صراحتی در ماده‌ی سوم وجود ندارد که آیا منظور از «هیچ قانون» خود قانون اساسی نیز است یا نه؛ ولی در اصل چهارم به شمول سایر مواد قانون اساسی تحت حکم مندرج در آن اصل تصریح شده است. سوم اینکه ماده‌ی سوم تنها به «مخالفت نداشتن» قوانین با معتقدات و احکام دین مقدس اسلام بسنده کرده است ولی اصل چهارم صراحتاً حکم کرده که تمامی قوانین و مقررات به شمول خود قانون اساسی باید «بر اساس» موازین اسلامی باشند.^{۳۴} چهارم اینکه در ماده‌ی سوم قانون اساسی افغانستان هیچ ضمانت اجرا و ساز و کاری «اختصاصی» برای تضمین اصل «عدم مخالفت قوانین با معتقدات و احکام اسلام» پیش بینی نشده و ظاهراً بیش از هر چیز به جنبه‌ی نمادین و شعاری آن بسنده شده است، در حالی که در اصل چهارم قانون اساسی ایران نهادی به نام «شورای نگهبان» مسئولیت اجرای مقتدرانه‌ی «بر اساس موازین اسلامی بودن قوانین»

و اختصاص حاکمیت و تشریح به او و لزوم تسلیم در برابر امر او... و اصل پنجاه و ششم آن: «حاکمیت مطلق بر جهان و انسان از آن خداست و هم او انسان را بر سرنوشت اجتماعی خویش حاکم ساخته است...».

^{۳۲} صدر ماده‌ی هفتم قانون اساسی افغانستان: «دولت منشور ملل متحد، معاهدات بین الدول، میثاق‌های بین الدول، میثاق‌های بین المللی که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر را رعایت می‌کند...».

^{۳۳} ذیل ماده‌ی شانزدهم قانون اساسی افغانستان: «... مصطلحات علمی و اداری ملی موجود در کشور حفظ می‌گردد.»

^{۳۴} البته این دو حکم در این دو قانون اساسی یک شباهت نیز به هم دارند. در هر دوی آنها، عبارت‌های «معتقدات و احکام دین مقدس اسلام» و «موازین اسلامی» مبهم، و بسته به علایق طریقه یا سلیقه‌ای که قدرت را در دست دارد، قابل تفسیر و تأویل است.

برای مطالعه‌ی تفاوت دو رویکرد «شریعت مبنای اصلی قانون‌گذاری» در ایران و «عدم مخالفت قانون با شریعت» در افغانستان بنگرید به: احمدی، ۱۳۸۶، ۱۶۰ تا ۱۶۳؛ و به طور کلی برای مرور سه موقف قوانین اساسی کشورهای اسلامی درباره‌ی شریعت، یعنی «انطباق کامل با شریعت» (همانند ایران)، «شریعت به مثابه منبع اصلی قانون‌گذاری» (همانند مصر) و «ممنوعیت تصویب قوانین مخالف با معتقدات و احکام اسلام» (همانند افغانستان) بنگرید به: دانش،

را به عهده دارد.

با این تفصیل، اگر در ایران شورای نگهبان در پرتو تفسیر خود از اصل چهارم مثلاً می‌تواند از جمله شرایط تأیید قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ را افزوده شدن ماده‌ی ۲۲۰ به آن قرار دهد و با این کار خود انتقادات حقوقدانان مسلمان ایرانی را نیز به دلیل نقض صریح اصل قانونی بودن جرایم و جزاها به جان بخرد، و به آن وقعی ننهد، این همه به دلیل موقعیت مقتدرانه‌ی این شورا در نظام حقوق اساسی، و مهم‌تر از آن، در مناسبات سیاسی کنونی ایران است. بارگذاری چنین انتظاری بر پیکر نحیف ماده‌ی چهارم قانون اساسی افغانستان نه با اصول حقوقی نظام کنونی این کشور مطابق است^{۳۵} و نه با واقعیت‌های سیاسی - اقتصادی حاکم بر آن.^{۳۶}

به یاد داشته باشیم که برخی پرونده‌های جنجالی جزایی سال‌های اخیر این کشور به کجا انجامید؛ پرونده‌هایی که در دوران دو قاضی القضاة نخست نظام جدید افغانستان (شیخ‌الحدیث مولوی فضل‌الهادی شینواری و پوهاند عبدالسلام عظیمی)، با چشم بستن به واقعیت‌های حقوقی، سیاسی و حتی اقتصادی کشور، و به جای اینکه راه حل‌هایی حقوقی در قوانین موضوعه‌ی فعلی موجود در حقوق کیفری کشور بیابند، در پی اجرای مجازات‌های شدید شرعی با استناد به ماده‌ی یکصد و سی‌ام برای قضایایی همچون ارتداد یا توهین به مقدسات بودند: برای مثال، پرونده‌ی ارتداد «عبدالرحمن»، مسلمان‌زاده‌ای که در هنگام اشتغال در یک سازمان امدادی مسیحی در پاکستان به مسیحیت تغییر دین داده بود (Knust, 2006, pp. 592-593)، یا پرونده‌ی توهین به مقدسات و تحریف آیات قرآن «پرویز کامبخش» که مقاله‌ای جدلی و کنایه‌آمیز با نام «آیات زن‌ستیزی تازینامه» را از سایت اینترنتی «آرش بیخدا» بارگیری (دانلود) و میان دوستان دانشجوی خود توزیع کرده بود، و یا پرونده‌ی توهین به مقدسات «احمد غوث زلمی» و «ملا قاری مشتاق احمد» که در آن «غوث» نسخه‌ای فارسی از قرآن را با جمع‌آوری اعانه از اهالی مسجد و با تأیید «ملا قاری» (امام جماعت آن مسجد) با نام «قرآن پاک» و بدون متن عربی آن منتشر ساخته بود. در تمامی

^{۳۵} برای اختلاف جایگاه شریعت در قانون اساسی افغانستان با ایران یا سودان و تعارضات احتمالی ماده‌ی سوم با سایر مواد، در صورت تفسیری بنیادگرایانه از آن، بنگرید به: Mahmoudi, 2004, pp. 867-880.

^{۳۶} و البته نه با آنچه در مقدمه‌ی قانون اساسی آن آمده است: «ما مردم افغانستان: ... با رعایت منشور ملل متحد و با احترام به اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر ... به منظور ایجاد جامعه‌ی عاری از ظلم، استبداد، تبعیض و خشونت و مبتنی بر قانونمندی، عدالت اجتماعی، حفظ کرامت و حقوق انسانی و تأمین آزادی‌ها، حقوق اساسی مردم ... و سرانجام به منظور تثبیت جایگاه شایسته‌ی افغانستان در خانواده‌ی بین‌المللی این قانون اساسی را مطابق با واقعیت‌های تاریخی، فرهنگی و اجتماعی کشور و مقتضیات عصر ... تصویب کردیم.»

این پرونده‌ها، اگر چه مراجع قضایی با استناد به ماده‌ی یکصد و سی‌ام قانون اساسی به اعدام یا حبس‌های طولانی حکم داده بودند، اما زیر فشار جامعه‌ی بین‌المللی، نه تنها آن احکام اجرا نشد، بلکه در حالی که حکم مراجع قضایی همچنان معتبر بود، رئیس‌جمهور وقت (آقای حامد کرزی) مجبور شد برای آنان فرمان عفو صادر کند، در حالی که، بعضاً، پیشتر، مجرم مربوطه را نمایندگی‌های دیپلماتیک کشورهای خارجی، به لطایف الحیل، از افغانستان خارج کرده بودند!

۵. رفتار قانون‌گذار قانون جزا در سال ۱۳۵۵

به نظر نویسنده، احتمالاً حتی خود نویسندگان و قانون‌گذاران سال ۱۳۵۵ نیز به ماده‌ی اول قانون جزای خود اعتقادی نداشته‌اند و این ماده را از همان آغاز صرفاً برای اجرا نشدن در ابتدای قانون جزا گنجانیده‌اند. نتیجه آنکه با این ترفند، هم کشور را برای اولین بار صاحب یک کد جزایی کرده‌اند و هم تلاش کرده‌اند تا روحانیون سنتی را راضی نگه دارند.^{۳۷}

دلایل ما بر عدم اعتقاد خود قانون‌گذار ۱۳۵۵ به ماده‌ی اول آن قانون از این قرار است:

نخست: قانون‌گذار می‌بایست قاعدتاً به تضمین اصل قانونی بودن در قانون اساسی نافذ در آن زمان (قانون اساسی سردار داوود خان) آگاه بوده باشد.^{۳۸} پیش‌بینی یک ماده در یک قانون عادی با علم به تعارض آن با اصول قانون اساسی آن زمان به چه معناست؟

دوم: وی می‌بایست قاعدتاً به تضمین اصل قانونی بودن در خود همین قانون جزا نیز آگاه بوده

^{۳۷} در دوره‌ی پادشاهی مشروطه در ایران نیز از آنجا که بر اساس اصل هفتاد و یکم قانون اساسی مشروطه رسیدگی به تظلمات عمومی در صلاحیت محاکم عمومی و قضاوت در امور شرعیه با «عدول مجتهدین جامع‌الشرایط» بود، در اولین قانون اصول محاکمات در اثر مقاومت‌های هیئت علمای طراز اول در مجلس که بر اساس اصل دوم قانون اساسی وظیفه‌ی تطبیق قوانین با شرع را بر عهده داشتند، در کنار محاکم عدلیه محاکم شرعیه به رسمیت شناخته شد. (در همین سال‌ها در افغانستان نیز محاکم عدلیه و شرعیه در اولین قانون اساسی آن کشور پیش‌بینی شد. بنگرید به پانوش شماره‌ی ۱۸). پس از آن قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ به تصویب رسید که در ماده‌ی اول آن آمده بود: «مجازات‌های مصرحه در این قانون از نقطه نظر حفظ انتظامات مملکتی مقرر و در محاکم عدلیه مجری خواهد بود و جرم‌هایی که موافق موازین اسلامی تعقیب و کشف شود بر طبق حدود و تعزیرات مقرر در شرع مجازات می‌شوند.» رفته رفته و با گسترش دادگستری نوین در کشور صلاحیت محاکم شرعی در قوانین بعدی همواره محدودتر شد و پس از مدتی، در عمل، جرمی «موافق موازین اسلامی تعقیب و کشف» نگردید تا «بر طبق حدود و تعزیرات مقرر در شرع» مجازات شود.

^{۳۸} در این باره بنگرید به بحث اعتبار اصل قانونی بودن: «۱-۲. در قوانین اساسی پیشین»، از صفحه‌ی ۱۶۴ این مقاله.

باشد، آنهم بلافاصله و با الفاظ صریح و روشن در دو ماده‌ی پس از ماده‌ی اول؛ «ماده‌ی دوم: هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود مگر به موجب قانون» و «ماده‌ی سوم: هیچ کس را نمی‌توان مجازات نمود مگر مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد». افزون بر این، حتی ماده‌ی سی و هفتم همین قانون جزا نیز یکبار دیگر، بی‌آنکه حتی ضرورتی وجود داشته باشد، بر اعتبار مواد اول و دوم تأکید و اعتبار مضمون آن را تکرار کرده است و حتی به صراحت به لفظ «قاعدہ‌ی قانونیت جرم و جزاء» (به تعبیر جدیدتر: اصل قانونی بودن جرایم و جزاها) اشاره کرده است:

«عنصر قانونی جرم عبارت است از تصریح اعمال جرمی و جزاهای آن در قانون. قاعدہ‌ی قانونیت جرم و جزاء در احکام مندرج مواد دوم و سوم این قانون تصریح یافته است.»

سوم: و از آن دوی اول مهم‌تر، اینکه آیا قانون‌گذار ۱۳۵۵ به قول خود در ماده‌ی اول وفادار مانده و فقط به تعزیرات پرداخته است؟ به عبارت روشن‌تر، آیا اصولاً قانون‌گذار ۱۳۵۵ در «قانون ظاهرأ فقط ناظر به تعزیرات خود» مجالی برای مراجعه به حدود و قصاص در فقه حنفی باقی گذاشته است؟

با توری مختصر در «قانون جزای ظاهرأ فقط ناظر به تعزیرات» به فصولی بر می‌خوریم با نام‌های «قتل عمد» (از ماده‌ی ۳۹۴ به بعد)، «ضرب منجر به موت و قتل خطاء» (از ماده‌ی ۳۹۹ به بعد)، «اسقاط جنین» (از ماده‌ی ۴۰۲ به بعد)، «ضرب و جرح» (از ماده‌ی ۴۰۷ به بعد)، «زنا، لواط و هتک ناموس» (از ماده‌ی ۴۲۶ به بعد)، «راهزنی» (از ماده‌ی ۴۴۷ به بعد)، و «سرقت و غصب» (از ماده‌ی ۴۵۴ به بعد) که، اگر نگوییم همه، در شمول قطعی دست کم برخی از آنان در ذیل حدود و قصاص هیچ شک و شبهه‌ای در فقه حنفی وجود ندارد.

با وجود این نکته، قانون‌گذار ضمن پیش‌بینی احکامی مفصل در موارد فوق، گاهی ماده‌ای نیز در آغاز فصل مربوطه آورده - و البته گاهی آن را نیز نیاورده - که مثلاً «هر گاه در قتل عمد قصاص به یکی از اسباب مسقطه یا عدم توافر شرایط ساقط یا متعذر گردد، مرتکب حسب احوال مطابق به احکام این قانون تعزیراً مجازات می‌گردد» (ماده‌ی ۳۹۴)، و یا «هر گاه در جرم زنا شرایط تطبیق جزای حد موجود نگردد یا به علت شبهه و یا یکی از اسباب دیگر حد ساقط گردد، مرتکب مطابق به احکام مندرج این فصل مجازات می‌گردد» (ماده‌ی ۴۲۶). و در عین حال از سوی دیگر، آنگاه که در محتوای احکام پیش‌بینی شده، مثلاً برای همین دو مورد قتل یا زنا، دقت می‌کنیم، می‌بینیم که ماهیت عمل همان قتل قصاصی یا زنای حدی است و تنها مجازات‌های تعزیری (در



این دو مورد: اعدام، حبس دوام و حبس طویل) برای آن پیش‌بینی شده است.^{۳۹}

پرسشی که فوراً مطرح می‌شود اینکه چگونه ممکن است عنوان قتل عمدی یا زنا بر عملی قابل اطلاق باشد، و به دلیل «شبهه»، «یکی از اسباب مُسقطه»، یا «فقدان شرایط»، قصاص یا حد از آن عمل «ساقط» یا «متعذر» گردد، ولی با این همه، مرتکب آن باز به اعدام قابل مجازات باشد؟ اگر قتل یا زنا مثلاً به دلیل شبهه منتفی شد، حکم قاضی برائت از قتل یا زناست یا اعدام به دلیل ارتکاب قتل یا زنا (البته از نوع تعزیری‌اش!)؟ آیا جز این است که تأسیسات عجیبی چون «قتل تعزیری با مجازات اعدام»، و «زنای تعزیری با مجازات اعدام» برای دور زدن ماده‌ی اول قانون جزا ابداع شده‌اند تا اساساً قصاص و حدی باقی نماند که برای آن به فقه حنفی مراجعه شود؟

مدعای ما این است که در عمل، قانون‌گذار با پیش‌بینی احکامی مفصل برای صور قتل یا زنا یا برخی دیگر از جرایم ماهیتاً قصاصی و حدی، در این قانون جزا، در قریب به اتفاق موارد، اساساً خلأ قانونی باقی نگذاشته تا نیاز به ارجاع به منبعی غیر از قانون باشد. البته این قانون فعل حدی «شرب مسکر» را مسکوت رها کرده است. در ادامه، از جمله، می‌بینیم که قانون‌گذار دوره‌ی جدید این نقیصه را از چه راهی جبران کرده است.

۶. رفتار متأخر قانون‌گذار افغان در دوره‌ی جدید

دیگر دلیل مؤید استدلال ما بر ناکافی بودن مواد یکصد و سی‌ام قانون اساسی و اول قانون جزا برای جرم دانستن حدود و قصاص و دیات «رفتار متأخر قانون‌گذار» در دو مورد است.

مورد نخست ماده‌ی چهل و چهارم «قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر و کنترل آن» مصوب سال ۱۳۸۹ است.^{۴۰} در این ماده، با وجود مواد یکصد و سی‌ام قانون اساسی و اول قانون

^{۳۹} ماده‌ی سه‌صد و نود و پنجم: «مرتکب قتل عمد در یکی از حالات آتی به اعدام محکوم می‌گردد: ۱. در حالتی که قتل با اصرار قبلی و ترصد توأم باشد...» یا ماده‌ی چهارصد و بیست و هفتم: «۱. شخصی که با مؤنث زنا یا لواط و یا با مذکر لواط نماید حسب احوال به حبس طویل محکوم می‌گردد. ۲. ارتکاب فعل مندرج فقره‌ی فوق در یکی از حالات آتی احوال مشدده شمرده می‌شود: «... همچنین بنگرید به: کوشا و غلامی، ۱۳۹۳، ۱۱.»

^{۴۰} ماده‌ی چهل و چهارم قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر و کنترل آن: «شخصی که مرتکب نوشیدن مسکرات می‌گردد، مطابق مذهب احناف حد شرعی بر وی تطبیق می‌گردد. شرایط تطبیق حد شرعی که مرتکب نوشیدن مسکرات می‌گردد، مطابق مذهب احناف با شرایط و ترتیب ذیل حد شرعی به وی تطبیق می‌گردد [غلط بودن جمله از نسخه‌ی اصلی است]: ۱. نوشنده در حالت هذیان بوده و بیشتر کلامش مختل شده باشد؛ ۲. در محضر قاضی با صراحت کامل اقرار نماید و یا دو نفر مرد عادل و یا بیشتر شهادت بدهد؛ ۳. نوشنده‌ی مسکر عاقل، بالغ و مختار بوده

جزا در نظام حقوقی افغانستان، عمل مستوجب حد نوشیدن مسکر، از نو جرم‌انگاری شده و برای آن مجازات حدی ۸۰ ضربه تازیانه تعیین گردیده است. این رفتار قانون‌گذار نشان می‌دهد که خود وی نیز بالأخره معتقد شده (یا از همان آغاز معتقد بوده، بنگرید به بالا) که برای جرم‌انگاری آنچه در محدوده‌ی حدود و قصاص قرار می‌گیرد، صرف استناد به ماده‌ی یکصد و سی‌ام قانون اساسی و ماده‌ی اول قانون جزا کافی نبوده و به «قوانین واقعی منطبق با اصل قانونی بودن جرایم و جزاها» نیاز است و نه فقط «پیش‌بینی یک جمله‌ی کوتاه در ماده‌ی اول قانون جزا مبنی بر لزوم ارجاع به فقه حنفی در باب حدود و قصاص و دیات».

بدین ترتیب، به نظر می‌رسد که بالأخره و پس از سال‌ها، با حکم ماده‌ی چهل و چهارم «قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر و کنترل آن»، اجرای حد شرب خمر، با رعایت تمامی شرایط مصرح در آن ماده، با اصل قانونی بودن جرم و جزا مغایرتی نداشته باشد. اگر چه به عبارت‌پردازی و نحوه‌ی نگارش این ماده ایرادات بسیار اساسی وارد است (صدر توحیدخانه، ۱۳۹۴، ۹۴ تا ۹۵، پانوش شماره‌ی ۴۷)، نفس تصویب این ماده گام مهمی به سوی رعایت احکام قانون اساسی افغانستان درباره‌ی اصل قانونی بودن جرایم و جزاها (دست کم از بُعد صوری و شکلی آن) است. البته در خصوص این ماده‌ی جدید تنها مسئله‌ای که باقی می‌ماند ارائه‌ی استدلال حقوقی محکم برای سازگاری آن با حکم دیگری - یا به تعبیر ماده‌ی یکصد و سی‌ام: حد دیگری - از قانون اساسی است. این حکم یا حد دیگر در ماده‌ی هفتم قانون اساسی آمده است:

«دولت^{۴۱} منشور ملل متحد، معاهدات بین الدول، میثاق‌های بین المللی که افغانستان به آن

و بفهمد که چیزی را می‌نوشد شراب است؛ ۴. قاضی بعد از به هوش آمدن نوشنده‌ی مسکرات مرد را استاده و خانم را نشسته به ۸۰ تازیانه بدون سر و روی به همه‌ی بدن می‌زند؛ ۵. لباس‌های اضافی و زمستانی محکوم‌علیه را دور می‌کند.»

^{۴۱} برای خواننده‌ی ایرانی ذکر این نکته لازم است که برخلاف ایران که در آن کلمات «دولت» و «حکومت» جایجا استفاده می‌شوند، در افغانستان کلمه‌ی «دولت» در معنای صحیح خود و مشتمل بر هر سه قوه و معادل State در زبان انگلیسی به کار می‌رود و برای قوه‌ی مجریه از کلمه‌ی «حکومت» یا همان Government استفاده می‌شود. برای نمونه بنگرید به ماده‌ی اول (افغانستان، دولت جمهوری اسلامی، مستقل، واحد و غیر قابل تجزیه می‌باشد) یا ماده‌ی هفتاد و یکم (حکومت متشکل است از وزرا که تحت ریاست رئیس جمهور اجرای وظیفه می‌نمایند...) قانون اساسی افغانستان.

با این توضیح، ماده‌ی هفتم قانون اساسی افغانستان متوجه هر سه قوه است، به شمول قوه‌ی مقننه که «قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر و کنترل آن» را تصویب کرده است.



ملحق شده است و اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر را رعایت می‌کند».

یکی از میثاق‌هایی که دولت افغانستان بدان ملحق شده «کنوانسیون علیه شکنجه، مجازات ظالمانه و یا رفتار غیر انسانی اهانت‌آمیز»، مندرج در جریده‌ی رسمی شماره‌ی ۷۰۱ به تاریخ ۱۳۶۸/۷/۱۵ است. بحث درباره‌ی سازگاری یا ناسازگاری مجازات تازیانه با کنوانسیون فوق از موضوع این مقاله خارج است و در چارچوب تحلیل‌های حقوق بشری (به عنوان بُعد ماهوی «دولت حقوق») قرار می‌گیرد. در این مقاله از این بحث در می‌گذریم و عجلتاً، با در نظر داشت اولویت‌های کنونی نظام حقوقی افغانستان، به بررسی بُعد صوری و شکلی «دولت حقوق» که در اصل قانونی بودن متجلی است بسنده می‌کنیم.^{۴۲}

مورد دوم لفظ و فحوی مواد یازدهم، چهل و دوم و چهل و سوم «قانون استرداد متهمین، محکومین و همکاری عدلی» مصوب سال ۱۳۹۲ است. در این مواد، پذیرش درخواست استرداد متهم جهت تحقیق یا محاکمه، یا پذیرش درخواست استرداد محکوم به حبس جهت اجرای مجازات محکوم‌بها (ماده‌ی یازدهم) و یا همچنین اجرای فیصله‌ی محکمه‌ی خارجی (مواد چهل و دوم و چهل و سوم) مشروط شده است به شرایطی از قبیل: جرم بودن عمل مطابق قانون دولت افغانستان و دولت خارجی؛ بیش از یک سال حبس بودن مجازات آن جرم در قوانین هر دو دولت؛ تعهد دولت خارجی بر رعایت میثاق حقوق مدنی و سیاسی و کنوانسیون منع شکنجه و سایر رفتارها و مجازات‌های ظالمانه و غیر انسانی یا تحقیرآمیز؛ تعهد اجتناب از محاکمه‌ی مجدد شخص؛ و در نهایت بیش از یک سال بودن محکومیت به حبس به حکم قطعی یا نهایی محکمه. همان گونه که می‌دانیم استرداد متهمین، محکومین و همکاری عدلی ماهیتی دوجانبه و قراردادی

^{۴۲} توضیح آنکه چه بسا آنچه در «صورت» به شکل قانون در آمده در «ماهیت» قابل انتقاد باشد. به سخن یشک و وایگند: «... آنچه ماهیتاً ناهق است صرفاً با پوشیدن لباس قانون حق نمی‌شود. بحث فعلی ما نه درباره‌ی جنبه‌ی ماهوی که تنها درباره‌ی جنبه‌ی صوری دولت حقوق است.» (Jescheck & Weigend, 1996, S. 126).
توضیح آنکه اگر به ترجمه‌ی غلط انداز «حاکمیت قانون» از تأسیس Rule of Law در کامن لا معتقد شویم، و اصل قانونی بودن جرایم و جزاها را نیز شاخه‌ای از آن بدانیم، چه بسا آنگاه بتوان به «صورت» قانون بسنده کرد، اما پیشنهاد ما ترجمه‌ی دقیق‌تری از نهاد Rule of Law است - مخصوصاً با ملاحظه‌ی محتوای آن در نظام‌های حقوقی اروپای قاره‌ای (یعنی دو تأسیس Rechtsstaatlichkeit و État de droit). این ترجمه عبارت است از: «دولت حقوق». در این صورت، در «دولت حقوق» بر عکس «حاکمیت قانون» پوشانیدن لباس قانون فقط جنبه‌ی صوری را پوشش می‌دهد و افزون بر آن، محتوای قوانین نیز باید منطبق بر آموزه‌های علم حقوق کیفری در مفهوم جهانی آن باشد. همچنین بنگرید به: صدر توحیدخانه، ۱۳۸۸، ۴۸۳ تا ۴۸۴ و پانوشته‌های مرتبط.

دارد و معمولاً مشروط به اقدام متقابل است.^{۴۳} بدین صورت که افغانستان نمی‌تواند در استرداد متهم یا محکوم، به یک دولت خارجی، از آن دولت خارجی توقع داشته باشد که شرایط بالا را رعایت کند، اما خودش آنگاه که از همین دولت خارجی درخواست استرداد متهم یا محکوم می‌کند علاقه‌ای به رعایت همان شرایط بالا نداشته باشد. اگر افغانستان بخواهد در قضایای جزایی نیز ماده‌ی یکصد و سی‌ام قانون اساسی را (بدون توجه به ماده‌ی بیست و هفتم) اجرا کند، و برای مثال استرداد فردی را از همان دولت خارجی برای اجرای حدود و قصاص درخواست کند، آیا خواهد توانست همان شرایطی را که از آن دولت خارجی انتظار دارد خود نیز برآورده کند: آیا همه‌ی جرایم حدود و قصاص در آن دولت خارجی نیز جرم به حساب می‌آیند؟ آیا مجازات‌های حدی و قصاصی اصولاً حبس‌اند (چه رسد که حبس حداقل یکسال و بالاتر باشند)؟ آیا خواهد توانست رعایت میثاق حقوق مدنی و سیاسی و کنوانسیون منع شکنجه را در مورد وی تضمین نماید؟ آیا خواهد توانست منع محاکمه‌ی مجدد وی را تعهد کند و مثلاً فقط به این دلیل که در همان قضیه پیشتر در دادگاهی خارجی به یکسال حبس محکوم شده است حد را از وی ساقط کند؟

اجرای کامل «قانون استرداد متهمین، محکومین و همکاری عدلی» و قراردادهای دوجانبه‌ای که دولت افغانستان بر مبنای این قانون با دولت‌های خارجی امضاء می‌کند، در صورتی امکانپذیر است که به نسخ ماده‌ی اول قانون جزا توسط مواد یکصد و سی‌ام و بیست و هفتم قانون اساسی و محدودیت ماده‌ی یکصد و سی‌ام قانون اساسی به قضایای غیر جزایی معتقد شویم.

^{۴۳} ماده‌ی چهارم این قانون: «استرداد متهمین یا محکومین و همکاری‌های عدلی در رسیدگی قضایای جرمی میان دولت افغانستان با دول خارجی بر اساس موافقت‌نامه‌های مبتنی بر معامله‌ی بالمثل یا کنوانسیون‌هایی که دولت افغانستان به آن ملحق شده باشد، صورت می‌گیرد.»

همچنین، به موجب فرمان تقنینی آقای دکتر محمدشرف غنی رئیس جمهوری اسلامی افغانستان در تاریخ ۱۳۹۴/۱۱/۲۴ فقره‌ی جدیدی به این ماده افزوده شده است: «۲. هر گاه تبعه‌ی افغانستان در دولت خارجی یا تبعه‌ی دولت خارجی در افغانستان مظنون، متهم یا محبوس باشد و موافقت‌نامه‌ی استرداد متهمین و محکومین به حبس بین افغانستان و دولت خارجی عقد نگردیده باشد، وزارت امور خارجه می‌تواند بر اساس مناسبات دوجانبه و تعاملات بالمثل به استرداد مظنون، متهم یا تسلیمی محبوس با رعایت احکام این قانون مبادرت ورزد.»



فهرست الفبایی منابع

- احمدی، عید محمد، ۱۳۸۶، «میانی قانون‌گذاری در افغانستان»، معرفت، ماهنامه‌ای در زمینه‌ی علوم انسانی، شماره‌ی ۱۱۸، از صفحه‌ی ۱۵۷ تا ۱۶۹.
- اخوت، محمد علی، ۱۳۷۷، «تفسیر قانون مجازات اسلامی: اصل قانونی بودن جرم و مجازات قسمت دوم»، ماهنامه‌ی ددرسی، شماره‌ی ۱۱، از صفحه‌ی ۳۸ تا ۴۴.
- اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، صورت مشروح مذاکرات مجلس نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد اول - جلسه‌ی اول تا سی و یکم، و جلد سوم - جلسه‌ی پنجاه و یکم تا شصت و هفتم - آخر، چاپ اول، چاپخانه‌ی مجلس شورای اسلامی، تهران.
- افتخار جهرمی، گودرز، ۱۳۷۸، «اصل قانونی بودن جرایم و مجازات»، مجله‌ی تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره‌ی ۲۵ و ۲۶، از صفحه‌ی ۷۹ تا ۱۰۲.
- امیرزاده جیر کُلی، منصور، ۱۳۸۴، «بررسی حقوقی مسأله‌ی ارتداد در ایران با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات»، فصلنامه‌ی تخصصی فقه و تاریخ تمدن دانشکده‌ی الهیات دانشگاه آزاد اسلامی مشهد، شماره‌ی ۳ و ۴، از صفحه‌ی ۱۸ تا ۲۹.
- بشیریه، تهمورث، ۱۳۸۷، «یاسداشت حقوق اساسی در پرتو تعامل اصول ۳۶ و ۱۶۷ قانون اساسی»، مجله‌ی حقوقی دادگستری، شماره‌ی ۶۲ و ۶۳، از صفحه‌ی ۱۴۵ تا ۱۵۶.
- بلادی، سید عباس، ۱۳۷۹، «جرایم مبهم (بزه‌های نامعین)»، مجله‌ی حقوقی دادگستری، شماره‌ی ۳۳، از صفحه‌ی ۳۱ تا ۴۶.
- حبیب زاده، محمد جعفر، ۱۳۷۷، «رژیم قانونی بودن حقوق کیفری عامل مؤثر در رشد و توسعه»، مجله‌ی حقوقی دادگستری، شماره‌ی ۲۳، از صفحه‌ی ۳۱ تا ۵۳.
- خوئینی، غفور و سهیل ذوالفقاری، ۱۳۹۰، «خلاهای تقنینی و اجرای فتوا در نظام قضایی ایران (تأملی بر اصل ۱۶۷ قانون اساسی)»، پژوهش‌نامه‌ی حقوق اسلامی، شماره‌ی ۳۴، از صفحه‌ی ۷۹ تا ۱۰۰.
- دانش، سرور (به اهتمام)، ۱۳۸۶، مجموعه‌ی کامل قوانین اساسی افغانستان، وزارت عدلیه‌ی جمهوری اسلامی افغانستان، کابل.
- دانش، سرور، ۱۳۸۹، حقوق اساسی افغانستان، چاپ اول، انتشارات مؤسسه‌ی تحصیلات عالی ابن سینا، کابل.
- رحمدل، منصور، ۱۳۸۷، «جایگاه حقوق کیفری در قانون اساسی مشروطه و قانون اساسی جمهوری اسلامی»، مجله‌ی حقوقی دادگستری، شماره‌ی ۶۲ و ۶۳، از صفحه‌ی ۱۲۱ تا ۱۴۴.
- رسولی، محمد اشرف، ۱۳۹۱، تحلیل و نقد قانون اساسی افغانستان، چاپ دوم، انتشارات سعید، کابل.
- شاکری گلپایگانی، طویی، ۱۳۸۰، «فقه جزا و سیاست جنایی، قسمت دوم، اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها»، مطالعات راهبردی زنان فصلنامه‌ی شورای فرهنگی اجتماعی زنان، شماره‌ی ۱۴، از صفحه‌ی ۶۸ تا ۸۷.

- صدر توحیدخانه، محمد، ۱۳۸۸، «حقوق در چنبره‌ی دشمن - از سیاست آمریکایی جنگ با ترور تا نظریه‌ی آلمانی حقوق کیفری دشمنان»، *تازه‌های علوم جنایی*، مجموعه مقاله‌ها، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، بنیاد حقوقی میزان، تهران، از صفحه‌ی ۴۶۵ تا ۵۱۷.
- صدر توحیدخانه، محمد، ۱۳۹۴، *رهنمود ماکس پلانک برای حقوق جزای عمومی افغانستان*، چاپ پنجم، هایدلبرگ و کابل.
- کوشا، جعفر و حمید الله غلامی، ۱۳۹۳، «مجازات قتل عمدی در حقوق جزای افغانستان»، *فصلنامه‌ی پژوهش حقوق کیفری*، شماره‌ی ۷، از صفحه‌ی ۹ تا ۳۹.
- محبی، جلیل، زمستان ۱۳۸۳ و بهار ۱۳۸۴، «اصل قانونی بودن جرائم و مجازاتها در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، *گواه*، شماره‌ی ۲ و ۳، از صفحه‌ی ۹۵ تا ۹۶.
- محسنی، مرتضی، ۱۳۷۵، *دوره‌ی حقوق جزای عمومی*، جلد اول، کلیات حقوق جزا، چاپ اول، کتابخانه‌ی گنج دانش، تهران.
- محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۷۸، «قاعده‌ی قبح عقاب بلایان و مقایسه‌ی آن با اصل قانونی بودن مجازات»، *پژوهشهای علوم انسانی* [نام کنونی مجله: پژوهشهای فلسفی - کلامی]، شماره‌ی ۱، از صفحه‌ی ۷۶ تا ۹۱.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، ۱۳۹۳، «درآمدی بر اساسی سازی حقوق کیفری»، در *تکاپوی حقوق عمومی*، جلد نخست، به کوشش علی اکبر گرجی از ندریانی، انتشارات جنگل و جاودانه، تهران، از صفحه‌ی ۹۸۸ تا ۹۹۵.
- هاشمی، سید حسین و جعفر کوشا، ۱۳۸۰، «بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها»، *مجله‌ی علمی - پژوهشی نامه‌ی مفید*، شماره‌ی ۲۶، از صفحه‌ی ۶۹ تا ۹۶.
- هاشمی، سید حسین، ۱۳۹۴، «قرآن و اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها»، *دوفصلنامه‌ی قرآن، فقه و حقوق اسلامی*، *انجمن فقه و حقوق اسلامی حوزه‌ی علمیه*، سال اول، شماره‌ی ۲، از صفحه‌ی ۱۹۱ تا ۲۲۲.

Afghan Legal Education Project (alep), 2009, *An Introduction to the Criminal Law of Afghanistan*, Second Edition, Stanford Law School, Stanford.

Hallevy, Gabriel, 2010, *A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg.

Hartmann, Michael E. & Agnieszka Klonowiecka-Milart, 2011, "Lost in Translation, Legal Transplants without Consensus-Based Adaptation," in: *The Rule of Law in Afghanistan, Missing in Inaction*, edited by Whit Mason, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 266-298.

Jescheck, Hans-Heinrich & Thomas Weigend, 1996, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5., vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin.

- Kamali, Mohammad Hashim, 2008, "References to Islam and Women in the Afghan Constitution," *Arab Law Quarterly*, Number 22, pp. 270-306.
- Knust Rasekh Afshar, Mandana, 2006, "The Case of an Afghan Apostate – The Right to a Fair Trial Between Islamic Law and Human Rights in the Afghan Constitution," *Max Planck Yearbook of United Nation Law*, Volume 10, pp. 591-605.
- Mahmoudi, Said, 2004, "The Shar'ia in the New Afghan Constitution: Contradiction or Compliment?," *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, Heft 64, S. 867-880.
- Moschtaghi, Ramin, 2012, "Constitutionalism in an Islamic Republic: The Principles of the Afghan Constitution and the Conflicts between them," in: *Constitutionalism in Islamic Countries, Between Upheaval and Continuity*, edited by Rainer Grote & Tilmann J. Röder, Oxford University Press, Oxford, pp. 683-713.
- Pasarlay, Shamshad, 2016, "Islam and Sharia in the 1993 Mujahideen Draft Constitution of Afghanistan, A Comparative Perspective," *The Indonesian Journal of International & Comparative Law*, Number 3, pp. 183-205.
- Tellenbach, Silvia, 2009, „Das Legalitätsprinzip im iranischen Verfassungs- und Strafrecht“, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Heft 121, S. 1055-1076.

فهرست الفبایی اسناد تقنینی^{۴۴}

- اصول اساسی جمهوری دموکراتیک افغانستان[†]، [قانون اساسی ببرک کارمل]، جریده‌ی رسمی شماره‌ی فوق‌العاده‌ی ۴۵، به تاریخ ۱۳۵۹/۲/۱.
- توصیه و پیغام امیر المؤمنین مجاهد ملا محمد عمر آخند [تاریخ صدور نامعلوم][†]، و توصیه و پیغام مقام امارت اسلامی افغانستان مورخ ۱۳۷۴/۶/۲۷[†]، هر دو در: جریده‌ی رسمی شماره‌ی ۷۱۳، به تاریخ ۱۳۷۶ [بی ماه، بی روز].
- فرمان تقنینی رئیس جمهور برای تعدیل و حذف بعضی از مواد قانون تشکیل و صلاحیت قوه‌ی قضائیه‌ی جمهوری اسلامی افغانستان، جریده‌ی رسمی شماره‌ی ۱۱۱۵، به تاریخ ۱۳۹۲/۶/۳۰.
- فرمان تقنینی رئیس جمهور در مورد ایزاد فقره‌ی ۲ در ماده‌ی چهارم قانون استرداد متهمین، محکومین و همکاری عدلی، جریده‌ی رسمی شماره‌ی ۱۲۰۶، به تاریخ ۱۳۹۴/۱۲/۲۵.

^{۴۴} در مورد این فهرست ذکر دو نکته ضروری است. نخست: فایل‌های اسکن شده‌ی تمامی شماره‌های جریده‌ی رسمی در سایت وزارت عدلیه‌ی جمهوری اسلامی افغانستان آرشیو شده و قابل دسترس است. آدرس سایت از این قرار است: <http://www.moj.gov.af/fa>. دوم: در این فهرست اسناد تقنینی، نشانه‌ی [†] به معنای منسوخ بودن قانون یا سند مربوط در هنگام نهایی شدن این مقاله در تاریخ ۲۵ جوزا (خرداد) ۱۳۹۵ است.

- قانون اجراءات جزایی مؤقت برای محاکم، جریدهی رسمی شماره ۱۲۰، به تاریخ ۱۳۸۲/۱۲/۶.
- قانون اساسی افغانستان، مصوب لویه جرگه در ۱۴ جدی ۱۳۸۲، جریدهی رسمی شماره فوق‌العاده ۱۱۸، به تاریخ ۱۳۸۲/۱۱/۸.
- قانون اساسی افغانستان، [قانون اساسی محمد ظاهر شاه]، جریدهی رسمی شماره فوق‌العاده ۱۳، به تاریخ ۱۳۴۳/۷/۱۱.
- قانون اساسی جمهوری افغانستان با رعایت تعدیل مصوب لویه جرگه جواز ۱۳۶۹، [قانون اساسی داکتر نجیب الله]، جریدهی رسمی شماره ۷۲۸، به تاریخ ۱۳۶۹/۸/۱۵.
- قانون اساسی دولت جمهوری افغانستان، [قانون اساسی سردار داوود خان]، تنفیذ ۵ حوت ۱۳۵۵، جریدهی رسمی شماره فوق‌العاده ۳۶۰، به تاریخ ۱۳۵۶/۱/۱۵.
- قانون استرداد متهمین، محکومین و همکاری عدلی، جریدهی رسمی شماره ۱۱۰۳، به تاریخ ۱۳۹۲/۱/۲۵.
- قانون پولیس، جریدهی رسمی شماره ۱۶۲، به تاریخ ۱۳۸۴/۶/۳۱.
- قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان، جریدهی رسمی شماره ۱۱۰۹، به تاریخ ۱۳۹۲/۴/۹.
- قانون تشکیل و صلاحیت محاکم خاص، جریدهی رسمی شماره ۱۰۳۳، به تاریخ ۱۳۸۹/۵/۴.
- قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان، جریدهی رسمی شماره ۱۵۱، به تاریخ ۱۳۸۴/۲/۳۱.
- قانون جزا، مصوب ۱۳۵۵/۶/۳۰، جریدهی رسمی شماره ۳۴۷، به تاریخ ۱۳۵۶/۱/۳۰.
- قانون مبارزه علیه ارتشاء و فساد اداری، جریدهی رسمی شماره فوق‌العاده ۱۳۸، به تاریخ ۱۳۸۳/۷/۲۰.
- قانون مبارزه علیه تطهیر پول و عواید ناشی از جرایم، جریدهی رسمی شماره ۱۴۰، به تاریخ ۱۳۸۳/۸/۱۰.
- قانون مبارزه علیه تمویل تروریزم، جریدهی رسمی شماره ۱۳۹، به تاریخ ۱۳۸۳/۷/۳۰.
- قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر و کنترل آن، جریدهی رسمی شماره ۱۰۲۵، به تاریخ ۱۳۸۹/۳/۲۴.
- قانون مبارزه علیه مواد مخدر، جریدهی رسمی شماره فوق‌العاده ۱۷۵، به تاریخ ۱۳۸۴/۱۱/۱۵.
- کانوانسیون علیه شکنجه، مجازات ظالمانه و یا رفتار غیر انسانی اهانت‌آمیز، جریدهی رسمی شماره ۷۰۱، به تاریخ ۱۳۶۸/۷/۱۵.
- مسودهی قانون جزا، بی تاریخ (حدود زمستان ۱۳۹۴ و بهار ۱۳۹۵)، گروه اصلاح و بازنگری کود جزایی، اداره تقنین وزارت عدلیه افغانستان.



The Validity of the Principle of Legality in Afghan Criminal Law: Problems and Solutions

Mohammad Sadr Touhid-khaneh*

(Received: 4/4/2016 – Accepted: 26/10/2016)

Abstract

According to the Afghan Constitution, in the absence of relevant statutory laws, courts shall refer to *Hanafi* jurisprudence. However, there are other explicit and implied constitutional conditions, which should be taken into consideration, including compliance with the principle of legality of crime and punishment, which as one of the most fundamental principles of modern criminal law is guaranteed not only in the current Constitution but also in all the six most recent Afghan constitutions. However, Article 1 of the Afghan Penal Code of 1976 stipulates that it regulates only *Tazirat* punishments and refers *Hodud*, *Qisas* and *Diyat* punishments to *Hanafi* jurisprudence. This article is repugnant to these explicit and implied constitutional conditions, and as a “weak law” can be ignored. Generally speaking, although *Sharia* enjoys a prominent position in the Afghan Constitution, its status is different from the Iranian Constitution, which governs generally and absolutely over all articles of the Constitution itself, as well as over all other laws and regulations. Besides, the legislator’s approach in the subsequent articles of the Afghan Penal Code of 1976 shows that even the legislator himself did not believe deeply in his own Article 1. Moreover, among recent laws, there are some examples that implicitly confirm the fact that Article 1 is not valid.

Keywords: Principle of legality of crime and punishment, Criminal law, The constitution, Penal Code, Theory of “weak law”, Afghanistan, Iran, *Hanafi* Jurisprudence.

* Research Fellow at Max Planck Foundation for International Peace and the Rule of Law, Heidelberg (Emails: mosadr@gmail.com/sadr@mpfpr.de)