

انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک
رؤساء: پروفیسور دوکتور آرمین فان بوگدانی. پروفیسور دوکتور رودیگر ولفروم



رهنمود ماکس پلانک برای
تشکیلات و صلاحیت محاکم افغانستان

تشکیلات محاکم افغانستان و انطباق آنها با
قانون اساسی و حقوق بین الملل

چاپ سوم با اصلاحات

(حمل ۱۳۸۸)

تألیف:

رامین مشتاقی

انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک
رؤساء: پروفیسور دوکتور آرمین فان بوگدانی. پروفیسور دوکتور رودیگر ولفروم



رهنمود ماکس پلانک برای
تشکیلات و صلاحیت محاکم افغانستان

تشکیلات محاکم افغانستان و انطباق آنها با
قانون اساسی و حقوق بین الملل

چاپ سوم با اصلاحات

(حمل ۱۳۸۸)

تألیف:

رامین مشتاقی

با حمایت:

میهن روزبھانی، محمد صدر توحیدخانه و نظام الدین عبدالله

ترجمه:

داکتر حسین غلامی

با حمایت مالی:

وزارت خارجه جمهوری فدرالی آلمان

رهنمود های انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک در قوانین افغانستان

مسئول بخش تصحیح: دوکتور تیلمن رویدر

رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون حقوق اساسی افغانستان، جلد اول، تشکیلات و اصول دولت، رامین مشتاقی، چاپ سوم با اصلاحات، هایدلبرگ و کابل ۲۰۰۹ (دری و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون حقوق اساسی افغانستان، جلد دوم، حقوق بشر و آزادی های اساسی، مندانا کنوست راسخ افشار و جولیا پیففر، چاپ دوم با اصلاحات، هایدلبرگ و کابل ۲۰۰۹ (دری و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون موازین محاکمه عادلانه، الیکساندرا هیلال گوور، رامین مشتاقی و ماندانا کنوست راسخ افشار، چاپ چهارم با اصلاحات، هایدلبرگ و کابل ۲۰۰۹ (دری، پشتو و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون حقوق جزای عمومی افغانستان، محمد صدر توحیدخانه، چاپ دوم با اصلاحات (همکار تصحیح: انستیتوت حقوق جزای بین المللی مقایسوی ماکس پلانک)، هایدلبرگ و دفتر کابل (دری و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق فامیل افغانستان، کعبه راستین تهرانی و دکتر نجما بساری، چاپ دوم با اصلاحات، (همکار تصحیح: انستیتوت حقوق بین الملل خصوصی مقایسوی ماکس پلانک)، هایدلبرگ و کابل، ۲۰۰۹ (دری و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک پیرامون تشکیلات و صلاحیت محاکم، رامین مشتاقی، چاپ سوم با اصلاحات، هایدلبرگ و کابل، ۲۰۰۹ (دری و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک پیرامون اخلاق قضائی افغانستان، دکتر تیلمن رویدر، چاپ دوم با اصلاحات، هایدلبرگ و کابل، ۲۰۰۹ (دری و انگلیسی).

© حق طبع و تکثیر محفوظ به انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک شهر هایدلبرگ، جمهوری فدرالی آلمان است
۲۰۰۴ - ۲۰۱۰

تمام رهنمودها در صفحه ای اینترنتی: <http://www.mpil.de/red/afghanistan> قابل دریافت است. برای معلومات عمومی راجع به انستیتوت های ماکس پلانک لطفاً به صفحه اینترنتی www.mpil.de (حقوق بین الملل عمومی) www.mpicc.de (حقوق جزاء و جرم شناسی) www.mpipriv.de (حقوق خصوصی) مراجعه نمائید. همچنین، رهنمودهای مطبوع در دفتر کابل انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک قابل دریافت است (mpil.kabul@yahoo.com).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

محتویات

۱۵	فصل یکم: نگاهی تاریخی به سازمان و صلاحیت‌های محاکم در افغانستان
۱۵	گفتار یکم: آغاز دولت ملت جدید
۱۷	گفتار دوم: اصلاحات امان الله خان
۲۴	گفتار سوم: عکس العمل و نوسازی آرام (۱۹۳۱-۱۹۶۴)
۲۵	گفتار چهارم: دوره آزادی و قانون اساسی ۱۹۶۴
۳۰	گفتار پنجم: دوره انقلاب و آشوب‌های داخلی (۱۹۷۳-۲۰۰۱)
۳۳	گفتار ششم: از موافقت نامه بن تا قانون اساسی ۲۰۰۴
۳۷	فصل دوم: تشکیلات فعلی محاکم
۳۷	گفتار یکم: محاکم ابتدائیه
۵۷	گفتار دوم: محاکم استیناف
۶۵	گفتار سوم: ستره محکمه
۸۳	گفتار چهارم: شرایط لازم برای انسلاک قضاء
	فصل سوم: انطباق سازمان و صلاحیت محاکم با قانون اساسی افغانستان، حقوق بین الملل و موافقت نامه بن
۸۷	
۸۷	گفتار یکم: استقلال
۱۰۹	گفتار دوم: حاکمیت قانون
۱۲۱	گفتار سوم: سایر موازین بین المللی
۱۲۶	گفتار چهارم: سنت‌ها و عنعنات حقوقی افغانستان

فهرست مطالب

۷	محتویات
۹	فهرست مطالب
۱۲	مقدمه
۱۵	فصل یکم: نگاهی تاریخی به سازمان و صلاحیت‌های محاکم در افغانستان
۱۵	گفتار یکم: آغاز دولت ملت جدید
۱۷	گفتار دوم: اصلاحات امان الله خان
۱۹	الف) نظام محاکم عادی
۲۲	ب) محاکم اختصاصی
۲۲	۱. محاکم تجارتي
۲۳	۲. سایر محاکم اختصاصی
۲۴	گفتار سوم: عکس العمل و نوسازی آرام (۱۹۳۱-۱۹۶۴)
۲۵	گفتار چهارم: دوره آزادی و قانون اساسی ۱۹۶۴
۲۶	الف) تفکیک قوا و اولین تلاشها برای نیل به یک قوه قضائیه مستقل
۲۷	ب) معیارهای انتصاب قضات
۲۷	۱. قضات ستره محکمه
۲۷	۲. قضات عادی
۲۸	پ) تشکیلات محاکم مطابق قانون اساسی ۱۹۶۴ و قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم
۳۰	گفتار پنجم: دوره انقلاب و آشوب‌های داخلی (۱۹۷۳-۲۰۰۱)
۳۰	الف) ریاست جمهوری داود
۳۱	ب) رژیم کمونیستی
۳۲	پ) جنگ داخلی مجاهدین
۳۳	گفتار ششم: از موافقت نامه بن تا قانون اساسی ۲۰۰۴
۳۷	فصل دوم: تشکیلات فعلی محاکم
۳۷	گفتار یکم: محاکم ابتدائیه
۳۷	الف) احکام ذیربط
۴۱	ب) تبصره پیرامون محاکم ابتدائیه
۴۱	۱. تشکیلات
۴۳	۲. توزیع و تقسیم صلاحیت‌ها
۴۳	۱-۲. رسیدگی‌های جزایی
۴۳	- صلاحیت موضوعی یا ماهوی (متنی)
۴۸	- صلاحیت حوزوی
۵۱	۲-۲. رسیدگی‌های مدنی
۵۱	- صلاحیت موضوعی یا ماهوی (متنی)
۵۲	- صلاحیت حوزوی
۵۴	۳-۲. رسیدگی‌های تجارتي
۵۴	- صلاحیت موضوعی یا ماهوی (متنی)

۵۴	- صلاحیت حوزوی
۵۵	۲-۴. رسیدگی به قضایای مربوط به حقوق عامه
۵۶	۳. قطعیت تصامیم محاکم ابتدائیه
۵۷	گفتار دوم: محاکم استیناف
۵۷	الف) احکام ذیربط
۵۹	ب) تبصره پیرامون محاکم استیناف
۵۹	۱. تشکیلات
۶۰	۲. صلاحیت رسیدگی
۶۵	گفتار سوم: ستره محکمه
۶۵	الف) احکام ذیربط
۷۱	ب) تبصره پیرامون ستره محکمه
۷۱	۱. تشکیلات
۷۵	۲. صلاحیت رسیدگی
۸۲	۳. صلاحیت‌های اداری
۸۳	گفتار چهارم: شرایط لازم برای انسلاک قضاء
۸۷	فصل سوم: نطباق سازمان و صلاحیت محاکم با قانون اساسی افغانستان، حقوق بین الملل و موافقت نامه بُن
۸۷	گفتار یکم: استقلال
۸۸	الف) احکام ذیربط
۹۳	ب) تبصره پیرامون استقلال
۹۵	۱. استقلال نهادی
۹۷	۱-۱. صلاحیت‌های قوه قضائیه
۹۷	۲-۱. شکل‌گیری قوه قضائیه
۹۷	- انتصاب قضات ستره محکمه
۹۸	- انتصاب قضات عادی
۱۰۰	۲. استقلال فردی قضات
۱۰۱	۲-۱. دوره تصدی
۱۰۱	- شرایط تصدی قضات ستره محکمه
۱۰۳	- شرایط دوره تصدی قضات عادی
۱۰۳	۲-۲. حمایت و مصئونیت در مقابل دستورات ناروا و غیر مجاز
۱۰۶	۲-۳. امنیت و معاش قضات
۱۰۷	۲-۴. آموزش و تربیه حرفوی
۱۰۷	پ) نتیجه
۱۰۹	گفتار دوم: حاکمیت قانون
۱۱۴	الف) تساوی در برابر قانون و عام الشمول بودن قانون
۱۱۴	ب) بررسی قضایی نقض و مداخله در حقوق فردی توسط قوه اجرائیه
۱۱۸	پ) بررسی قضایی تفویض وضع مقررات به قوه اجرائیه
۱۲۱	گفتار سوم: سایر موازین بین المللی
۱۲۱	الف) حق استیناف (مرافعه خواهی)
۱۲۴	ب) محاکمات اطفال

مقدمه

در ۲۶ جنیوری ۲۰۰۴^۱، قانون اساسی جدید افغانستان توسط حامد کرزی رئیس دولت انتقالی افغانستان ابلاغ گردید. یک سال بعد از آن، قانون^۲ تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان و قانون رسیدگی به تخلفات اطفال^۳ به تصویب رسید. با تصویب این قوانین، افغانستان دارای محاکمی جدید و با تشکیلاتی پیچیده گردید. هر دو قانون مذکور از طریق شورای عالی وزیران تأیید و با فرمان ریاست جمهوری وفق ماده ۱۵۹ قانون اساسی افغانستان تصویب گردیدند.^۴ این قوانین تا زمانی که توسط مجلس شورای ملی لغو گردند، مطابق به ماده ۱۶۱ قانون اساسی افغانستان قابل اجرا می‌باشند.

این رهنمود، پنجمین رهنمود از مجموعه رهنمودهای ماکس پلانک در ارتباط به نظام حقوقی افغانستان و چهارمین رهنمودی است که به طور اختصاصی برای دوره ستاژ ستره محکمه افغانستان تهیه شده است. این رهنمود اصولاً به حیث یک کتاب تعلیمی (درسی) جهت انکشاف دانش و آگاهی خوانندگان راجع به نظام قضایی افغانستان و انطباق آن با قانون اساسی و حقوق بین‌المللی مورد استفاده قرار می‌گیرد. با این حال، رهنمود حاضر به حیث یک مرجع راهنما برای مجریان قوانین که می‌خواهند دانش و آگاهی خود را در

۱ فرمان شماره ۱۰۳ منشوره جریده رسمی شماره ۸۱۸

۲ جهت جلوگیری از سرگردانی و ابهام، در این رهنمود از لفظ دری قانون در ارتباط به این موازین استفاده می‌شود، اگرچه این مصوبات قانون به معنای رسمی مذکور در فقره ۱ ماده ۹۴ قانون اساسی افغانستان نمی‌باشند، بلکه فرمانی تقنینی به شمار می‌روند. صلاحیت تصویب این مقررات مطابق ماده ۱۵۹ قانون اساسی افغانستان به حکومت دوره انتقالی تفویض گردید.

۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان، اغلب در افغانستان به حیث قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم خوانده شده و طبق فرمان تقنینی شماره ۱۴ مورخ ۲۱ مای ۲۰۰۵ در جریده رسمی شماره ۸۵۱ نشر گردید و قانون رسیدگی به تخلفات اطفال طبق فرمان تقنینی شماره ۴۶ مورخ ۲۳ مارچ ۲۰۰۵ در جریده رسمی شماره ۸۴۶ نشر شد.

۴ مطابق این حکم، حکومت صلاحیت وضع مقرراتی در ارتباط با تشکیلات و صلاحیت محاکم را در دوره انتقالی داشته است.

خصوص برخی مباحث مربوط به سازمان قضایی افغانستان تجدید و نو نمایند نیز تلقی می‌شود.

در این رهنمود، به منظور فهم و درک جنبه‌ها و ابعاد مختلف موضوعات مورد بحث، در هر فصل قضایای خُردی طرح شده‌اند. ما عمداً این قضایا را تا حدودی پیچیده طراحی کرده‌ایم، زیرا هدف از طراحی این قضایا تعمیق دانش و آگاهی اشتراک کنندگان در ارتباط با قضایا و ابعاد ذریبط مورد بحث نبوده است، بلکه هدف از طراحی آنها تسهیل درک و فهم عناصر اساسی اصول مربوطه می‌باشد.

به منظور بررسی و ارزیابی تشکیلات فعلی محاکم، ضروری خواهد بود که خطوط اساسی انکشاف آنها در تاریخ قضایی افغانستان جدید مورد بحث و تشریح واقع شود (فصل دوم). در این ارتباط، رهنمود فعلی بیشتر متمرکز بر اصلاحات و انکشاف‌های قوه قضائیه تا سالهای مهم منتهی به کودتای داود خان در سال ۱۹۷۳ خواهد شد. برخی تغییرات معکوس و مخالف ایجاد شده توسط حکومت‌های مختلف «انقلابی» در سالهای بعد از آن، همراه با آشوب‌ها و ناآرامی‌های اجتماعی بوده‌اند که به نظر می‌رسد بیشتر مبتنی بر مبانی ایدئولوژیک (عقاید و تمایلات سیاسی) بوده‌اند تا ناظر به ارتقای حقوق مدنی و حاکمیت قانون؛ و در نتیجه ارتباط کمتری با این رهنمود و مباحث مورد مطالعه در آن دارند. بر این اساس، موافقتنامه بُن^۵ صراحتاً قانون اساسی ۱۹۶۴ را به حیث یک مبنا برای نظام حقوقی افغانستان ایجاد نمود.^۶ در فصل سوم این رهنمود، تشکیلات فعلی محاکم و سازمان آنها مورد بحث و تشریح قرار گرفته و در نتیجه تجزیه و تحلیل جامعی از قوانین جدید به عمل خواهد آمد. فصل چهارم که آخرین فصل این رهنمود است به بررسی و ارزیابی انطباق نظام محاکم افغانستان با اصول قانون اساسی^۷، حقوق بین الملل و موافقت نامه بُن

^۵ موافقت‌نامه مربوط به ترتیبات موقتی در افغانستان راجع به بازسازی نهادهای دایمی حکومت، که بعد از امضای آن به حیث موافقت‌نامه بُن نیز نامیده شده است. سند شماره ۱۱۵۴-۲۰۰۱/س مورخ ۵ دسمبر ۲۰۰۱.

^۶ بنگرید به ماده ۱-۲ از موافقت‌نامه بُن.

^۷ برای مطالعه تفصیلی اصول قانونی اساسی افغانستان لطفاً مراجعه کنید به رامین مشتاقی، رهنمود ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، جلد اول، تشکیلات و اصول دولت (ترجمه حسین غلامی)، ۱۳۸۶.

پرداخته و برخی نقائص و کاستی‌هایی را که تا حال حاضر وجود دارند مورد اشاره قرار می‌دهد.

به حیث یک تذکر مقدماتی، نویسنده مایل است این نکته را روشن نماید که تمرکز این رهنمود صرف بر تشکیلات نظام قضایی رسمی است. مسایل و مشکلات بی‌شماری که مربوط به اجرای غیر رسمی عدالت به وسیله شوراهای قریه‌ها و قبایل (جرگه‌ها، شوراها) یعنی جرگه‌ها و شوراهایی که وفق مواد ۱۱۶ و ۱۲۰ قانون اساسی افغانستان محاکم فاقد صلاحیت و غیر رسمی تلقی می‌شوند، در اینجا مورد بحث قرار نگرفته، موضوع مطالعات بعدی خواهند بود.

در متن انگلیسی این رهنمود، از عناوین مونث و مذکر جهت، تأکید بر تساوی و برابری میان زن و مرد به ترتیب مذکور در قانون اساسی افغانستان استفاده شده است. نظر به خصوصیت‌های خاص زبان فارسی دری، رعایت این امر در متن فارسی امکان پذیر نخواهد بود. با این حال، محترمانه از خوانندگان تقاضا می‌کنیم که کلمات و عبارات مربوطه باید به نحوی که شامل هم زن و هم مرد شوند، درک و تعبیر نمایند.

فصل یکم: نگاهی تاریخی به سازمان و صلاحیت‌های محاکم در افغانستان

گفتار یکم: آغاز دولت ملت جدید

بیش از یک قرن بعد از آن که احمد شاه درانی رسماً به عنوان امیر در سال ۱۷۴۷ یعنی سالی که آغاز «پادشاهی افغانستان»^۸ تلقی می‌شود، اعلان شد، امر قضا به نحوی ثابت و انحصاری تحت اختیار و صلاحیت علما یا به عبارت دقیق‌تر در اختیار قضات و مفتی‌ها بود. علما از دولت مرکزی که اختیارات و مزایای بسیاری را به آنها اعطا نموده و در نتیجه قدرت و تأثیرگذاری آنها را افزایش داده بود، حمایت می‌کردند. علما اصولاً در اجرای عدالت مطابق به تفاسیر خود از اصول اسلامی آزاد بودند.^۹

امیر عبدالرحمن (دوره حکومت ۱۸۸۰-۱۹۰۱) نخستین پادشاهی بود که گامهایی را برای کنترل اداره اجرای عدالت جهت ایجاد انحصار قدرت در دست مقامات دولتی برداشت. در دوره کوتاه تجربه دموکراسی در افغانستان در دهه ۱۹۶۰ و اوایل دهه ۱۹۷۰ قرن گذشته، هدف متمرکز و ساده کردن مدیریت اجرای عدالت از طریق توجه به کاهش قدرت قوه اجرائیه و اعطای استقلال قضایی، تکمیل گردید.^{۱۰}

⁸ M. Ewans, *Afghanistan - A Short History of Its People and Politics*, 2002, 29 et seq.

⁹ M. H. Kamali, *Law in Afghanistan*, 1985, 7 et seq.; B.R. Rubin, *The Fragmentation of Afghanistan*, 2002, 46 et seq.

^{۱۰} نیز بنگرید به کامالی، یادداشت شماره ۹۱۰، ص ۱۴ و بعد.

بنابراین، عبدالرحمن خان ایده و دکترین (نظریات) جدیدی از حاکمیت را ارائه نمود که مطابق آن مفهوم اسلامی تدابیر و اقدامات خداوندی دارای نقشی مشابه با مفهوم مطلق گرای اروپایی حاکمیت الهی بود. او مدعی بود که برخلاف اسلاف وی، که قدرت خویش را بر آمده از تصامیم اتخاذی توسط روسای قبایل می‌دانستند، حاکمیت او مبتنی بر مبانی الهی است.^{۱۱} مطابق اندیشه و آموزه عبدالرحمن او رهبر جامعه اسلامی و نماینده خداوند نسبت به اتباع خویش بود. بنابراین، وی قدرت علما را به حیث تهدیدی نسبت به قدرت خود تلقی می‌نمود.^{۱۲} او به منظور اعمال کنترل حکومتی بر علما، جایگاه قضات را با تعیین مقرری دولتی در پروسه‌ای اداری تغییر داد، به گونه‌ای که آنها دیگر صرف دارای اقتدار مذهبی نبودند. عبدالرحمن جهت حصول به این هدف نهاد وقف را که به حیث یک نهاد مالی مذهبی عمل می‌کرد از میان برد و با از بین بردن آن در واقع پشتوانه اقتصادی قضات مذهبی را ویران کرد.^{۱۳} از آن زمان به بعد جهت دستیابی به مقام قضاوت و برای این که فردی بتواند در یکی از محاکم شرعی به حیث قاضی منصوب شود، کاندیدها باید در یک امتحان تحت کنترل دولت که میزان دانش مذهبی آنها را معین می‌نمود و در عین حال تعیین کننده میزان معاش آنها نیز بود، موفق می‌شدند.^{۱۴} وقتی کسی یک بار به حیث قاضی منصوب می‌گردید، وی ممنوع از مشاغل دنیوی یا آموزش علوم بود.^{۱۵} در مقابل، آنها دیگر وابسته به کمکها و هدایا نبوده، بلکه دولت مرکزی به آنها معاش معینی را می‌پرداخت. به علاوه عبدالرحمن، نظامی از محاکم شرعی را ایجاد نمود که با اصول اجراءات تعیین شده توسط حکومت که در قالب یک رهنمود تحت عنوان اساس القضاء جمع آوری شده بود، فعالیت می‌کردند.^{۱۶} وظایف و تعهداتی که همراه با تحول تغییر قضات به حیث کارمندان دولتی شد در این رهنمود به نحو خیلی مختصر نشان داده

¹¹ Ewans, see note 8,101.

¹² او آنها را متهم می‌کرد که شبیه پادشاهانی هستند که با «استبداد و بی‌رحمی غیرقابل تحملی» حکومت می‌کنند، نقل از ایوانز، بنگرید به پاورقی شماره ۸، ص

.۱۰۱

¹³ Ewans, see note 8,101.

¹⁴ Ewans, see note 8,101.

¹⁵ A. Ghani, "Disputes in a Court of Sharia, Kunar Valley, Afghanistan, 1885-1890", *International Journal of Middle East Studies* 15 (1983), 353 et seq.

¹⁶ Kamil, see note 9, 7; Rubin, see note p, 50; Ghani, see note 15,273; Ewans, see note 8, 14 et seq.

شده‌اند.^{۱۷} اقدامات عبدالرحمن خان، اگرچه موجب رسمی شدن اجرای عدالت شده و از آن طریق منجر به افزایش قدرت دولت مرکزی بر امور قضایی گردید، لیکن به خصوصیت قوه قضاییه به حیث قلعه و دژ علما لطمه‌ای وارد نکرد. هنوز ضرورت داشتن دانش مذهبی جهت اشتغال به امر قضا در یک محکمه افغانستان انکار ناپذیر بود. در زمان جانشین عبدالرحمن خان، یعنی امیر حبیب الله (حکومت ۱۹۰۱ تا ۱۹۱۹) این سیستم بدون تغییر و تهدیدی باقی ماند. در واقع، حبیب الله شیوه‌ای نسبتاً منعطف تر در مقابل علما داشت؛ علمایی که بار دیگر بخش زیادی از قدرت و تأثیر خود را بدست آورده و در مقابل به نحو آگاهانه‌ای از حکومت او حمایت می‌کردند.^{۱۸}

گفتار دوم: اصلاحات امان الله خان

همزیستی حکومت مرکزی و علما در دوره حاکمیت امان الله خان که در سال ۱۹۱۹ به قدرت رسید، به شدت متزلزل گردید. حکومت او به واسطه تغییرات بزرگ که یکی از مهمترین آنها استقلال رسمی افغانستان از انگلستان بعد از پایان سومین جنگ کوتاه میان انگلیسی‌ها و افغانها بود (معاهده راولپندی در تاریخ ۸ آگوست ۱۹۱۹) شناخته شده است. امان الله خان با تأسیس رسمی یک دولت مستقل، تلاش کرد جامعه قبیله‌ای افغانستان را به یک دولت - ملت و به حیث یک نمونه برای جهان اسلام، تبدیل نماید. اقدامات و اصلاحات امان الله خان مخالف روحیه جامعه بوده و حتی تا حال حاضر در افغانستان به عقیده عده‌ای رادیکال و افراطی به نظر می‌رسد. این اقدامات شامل ایجاد امکان تحصیل و

¹⁷ Ghani, see note 15,354.

به حیث مثال، «اساس القضاء» هر قاضی را ملزم می‌نمود که هر ماه راپوری راجع به تمام رسیدگی‌های انجام شده در محکمه او به قاضی شهری که والی در آنجا مستقر بود، ارسال کند و والی مکلف بود که کلیه اقدامات قضات ولایت را هر ماه به قاضی القضاة در پایتخت بفرستد. قاضی القضاة مکلف بود همه آنها را مدنظر قرار داده و صحت فیصله‌ها را تعیین می‌نماید. میزان در این رابطه شریعت با اولویت دیدگاهها و نظریات ابوحنیفه بود. اگر قاضی نمی‌توانست در رابطه با یک قضیه حکمی پیدا کند، او ملزم به سؤال از قاضی القضاة به نحو مکتوب بود، که در این صورت قاضی القضاة از منابع الزام آور حکم را استخراج یا دستور و فرمانی را از امیر اخذ می‌نمود. مراجعه کنید به: Ghani, note 15, 354.

¹⁸ Kamali, see note, 7; Ewans, see note 8, 2002, 111.

تربیه برای زنان،^{۱۹} لغو ازدواج کودکان (اطفال) و اعمال محدودیت در تعدد زوجات بود. به علاوه، او تلاش کرد تا به نحوی اساسی اقتصاد افغانستان را تغییر داده، مدرن نماید.^{۲۰} همچنین او اصلاحاتی را در بخش قضایی ارایه نمود. او به تقلید از کشورهای غربی، تلاش کرد تا بنیان حقوقی کاملی را برای دولت جهت اعمال حاکمیت قانون ایجاد نماید، اندیشه‌ای که تا آن زمان در افغانستان شناخته نشده بود. در ۱۹۲۳، او یک قانون اساسی وضع کرد که در نتیجه آن حکومت افغانستان را به پادشاهی مشروطه تبدیل نمود.^{۲۱} اصلاحات قضایی امان الله خان، که اغلب به اصلاحات «نظام نامه» موسوم گشت، تا حدودی ملهم از اصلاحات «تنظیمان» اواخر قرن نوزدهم در ترکیه بود.^{۲۲} امان الله خان نظام و سیستم جدیدی از محاکم دولتی و قانون جزا را ایجاد نمود. ماده ۲۱ قانون اساسی امان الله خان حکم می‌کرد که در محاکم عدلیه کلیه قضایا باید مطابق شریعت و قانون جزا و مدنی مورد رسیدگی قرار گیرند. با این حال، قانون جزای جدید از متون قانونی غربی اخذ نشده بود بلکه بیشتر شکل مدون قوانین اسلامی را داشت. بنابراین، دیگر علما مجاز به استنباط و اعمال تفاسیر خود از متون مذهبی نبودند، بلکه مجبور به رعایت تفاسیر مذکور در قوانین مدون بوده‌اند.^{۲۳}

^{۱۹} حتی محصلین زن تشویق می‌شدند که به خارج از کشور سفر نمایند.

^{۲۰} For detail see e.g. Rubin, note 9, 54 et seq.; L.B. Poullada, *Reform and rebellion in Afghanistan 1919-1929*, 1973, 1 et seq.; also Ewans, see note 8, 128 et seq.

^{۲۱} Rubin, see note 9, 55.

^{۲۲} در واقع مشاوران ترک نقش مهمی در شکل‌گیری نظام نامه داشتند. بنگرید به کمالی پاورقی، شماره ۹، ص ۲۰۳.

^{۲۳} Ewans, see note 8, 129:

این منبع توضیح می‌دهد که چگونه تدوین و تعیین جزاها توسط امان الله خان در لویه جرگه ۱۹۲۹ یعنی جایی که اصلاحات و اقدامات امان الله خان در آنجا مورد بحث قرار گرفته و تا حدودی اصلاح شده‌اند، به شدت موضوع بحث و مجادله بوده‌اند. نظر به اینکه با توجه به قانون اساسی امان الله خان، هیچکس نمی‌توانست مجازات گردد مگر به نحوی که در قانون جزای عمومی یا نظامی مقرر شده بود، لویه جرگه امکان اعمال مجازات مطابق موازین و احکام شرعی و سایر قوانین که وفق احکام شریعت تنظیم و تدوین شده بودند، را فراهم کرد.

الف) نظام محاکم عادی

در ارتباط به سازمان محاکم عادی، مواد ۵۰-۵۷ قانون اساسی ۱۹۲۳ و نیز مواد ۲۱۳-۲۲۶ نظامنامه ۱۹۲۳ اقدام به ایجاد نظام جدیدی از محاکم با صلاحیت عام کرد.^{۲۴} سیستم قبلی دوگانه محاکم شرعی تبدیل به سیستم سه‌گانه شد و محاکم شرعی موجود ابقاء گردیدند. محاکم با صلاحیت عام تحت عنوان محاکم ابتدائیه، محاکم مرافعه و هیأت عالی تمیز در کابل نام گذاری شدند.^{۲۵}

ابتکار دیگر در اقدامات امان الله خان، ایجاد محکمه اصلاحیه بود. دعاوی مدنی پیش از آنکه در محکمه ابتدائیه مطرح شوند، باید در این محاکم طرح می‌شدند؛ این همان سیستمی است که با مدیریت های حقوق در حال حاضر مرتبط است، جز آنکه این مدیریت ها به حیث جانشین محاکم طراحی و ایجاد شده و هیچگونه الزامی به ارجاع قضایا به آنها وجود ندارد. در زمان امان الله خان، صرف در صورتی که امکان صلح و سازش وجود نداشت، دعاوی قابل طرح در محاکم ابتدائیه بودند.^{۲۶} بر اساس نظر «کمالی» مطابق قانون محاکم اصلاحیه باید در کلیه ولایات تأسیس می‌شدند، به نحوی که در عمل این محاکم صرف در مراکز ولایات ایجاد شدند.^{۲۷} اگر اینگونه باشد، این مقرر تقریباً غیر قابل اجرا باقی ماند، زیرا اصحاب دعوی مجبور بودند که مسافت بسیار طولانی را از اطراف مراکز ولایات طی کنند تا ابتدا دعاوی خود را در محاکم اصلاحیه و سپس در محاکم ابتدائیه مطرح نمایند، درحالی که طرح دعوی در محاکم ابتدائیه، نظر به تأسیس آنها در کلیه نقاط کشور، آسانتر و راحت‌تر بوده است.^{۲۸}

محاکم اصلاحیه برای این منظور ایجاد شدند که تلاش کنند نسبت به ایجاد توافقی میان طرفین دعوی اقدام نمایند؛ تصمیم آنها اصولاً باید تماماً مبتنی بر توافق میان طرفین باشد و به همین دلیل قابل استیناف خواهی نبوده است.^{۲۹} محاکم اصلاحیه صرف صلاحیت رسیدگی به قضایای مدنی و تجارتي را داشتند؛ قضایای جزایی تحت صلاحیت محاکم عادی بودند.

²⁴ Kamail, see note, 212.

²⁵ N. M. Chishti, Constitutional Development in Afghanistan, 1998, 33.

²⁶ Kamali, see note 9, 212.

²⁷ Kamali, see note 9, 215.

²⁸ متأسفانه امکان دسترسی به یک نسخه از نظامنامه ۱۹۲۳ وجود نداشت.

²⁹ Kamali, see note 9, 215.

قضات محاکم اصلاحیه توسط پادشاه و حسب پیشنهاد والی ولایت و توصیه وزیر عدلیه منصوب می‌شدند. این قضات باید از میان اشخاص محترمی که به خاطر امانت داری‌شان شناخته شده بودند، انتخاب گردند.^{۳۰} در ارتباط به این دسته از قضات، این شرط و ضرورت قانونی وجود نداشت که آنها حتماً دارای آموزش و تربیه مذهبی باشند. نظر به این که هدف محاکم اصلاحیه، صرف آن بود که به توافقی میان طرفین دست یابند، آنها ملزم به اجرای قوانین شرعی نبودند. در نتیجه، ضرورتی نداشت که فرد حتماً از جمله علما باشد تا به حیث قاضی در محاکم اصلاحیه منصوب گردد.

محاکم اصلاحیه صرف تا اواسط سال‌های ۱۹۳۰ موجود بودند. صلاحیت آنها در رسیدگی به قضایای تجارتی بعداً به محاکم تازه تأسیس تجارتی منتقل گردید و صلاحیت رسیدگی آنها به قضایای مدنی، به محاکم عادی برگشت.^{۳۱}

بررسی تصامیم توسط محاکم بلندتر صرف در صورت وجود شرایط قانونی خاص امکان پذیر بود.^{۳۲} در قضایای جزایی، حکم به جزای اعدام به صورت خود بخود باید به هر سه

^{۳۰} ماده ۲۱۱ نظامنامه ۱۹۲۳، منقول از کمالی، پاورقی شماره ۹، ص ۲۱۵.

^{۳۱} کمالی، پاورقی شماره ۹، ص ۲۱۵. با وجود این به نظر می‌رسد، عنصر رسمی میانجی‌گری به نحوی که در محاکم اصلاحیه پیش‌بینی شده بود، نقش بسیار موثری در نظام قضایی افغانستان داشته است، مخصوصاً با در نظر گرفتن این نکته که در محاکم عادی نسبتاً درجه بالایی از رسمیت وجود داشته و به علاوه میزان بی‌سوادی بسیار بلند بوده و تعداد حقوقدانان ذیصلاح نیز اندک بوده است. علاوه بر این، عرف دیرینه جرگه و شورا در افغانستان که دارای قدمتی بسیار در طول قرن‌ها بوده است و از طریق تجمع افراد قبایل یا قریه‌ها جهت حل و فصل اختلافات از طریق حصول به توافق عمل می‌کرد نیز نشان می‌دهد که مفکوره و اندیشه میانجی‌گری دارای ریشه‌ای عمیق در جامعه افغانستان بوده است. برای مطالعه تفصیلی در این خصوص مراجعه کنید به:

W. Steul, Pashtunwali - Ein Ehrenkodex und Seine Rechtliche Relevanz, 1981.

این محاکم می‌توانستند الهام بخش اصلاحات قضایی بعدی در افغانستان باشند.
^{۳۲} در قضایای مدنی، محاکم ابتدائیه صلاحیت صدور فیصله نهایی را حسب میزان ارزش مالی موضوع دعوی داشتند. این میزان در محاکم ابتدائیه مراکز ولایت اندکی بیشتر بوده است. برای مطالعه تفصیلی بنگرید به: کمالی، پاورقی ۹، ص ۲۱۲.

طبقه از محاکم ارجاع و توسط پادشاه مورد تصویب قرار می‌گرفت. احکام محاکم ابتدائیه در ارتباط به جنایت باید به یک محکمه بلندتر به حیث یک قاعده ارجاع می‌گردید.^{۳۳} به علاوه، محکوم می‌توانست در رابطه با محکومیت به مجازاتهای بدنی یا ایراد ضرر به اعتبار و حیثیت او، تقاضای استیناف نماید. مطابق نظر «کمالی» محاکم ابتدائیه متشکل از دیوانهای مختلف برای رسیدگی به اختلافات مدنی، جزایی و تجارتي بودند.^{۳۴} با این حال، از آنجا که محاکم ابتدائیه صرف دارای یک قاضی و دو مفتی بودند، بعید است که همه آنها متشکل از دیوانهای مختلف بوده باشند. بسیار محتمل است که صرف محاکم ابتدائیه که در مرکز ولایت‌ها مستقر بودند، دارای دیوانهای اختصاصی بوده باشند، به همان ترتیبی که هم اکنون وفق مواد ۴۱ و ۴۶ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، محاکم ابتدائیه مرکز ولایت دارای چنین دیوانهایی می‌باشند.

محاکم استیناف باید در مرکز هر ولایت تأسیس گردند و متشکل از یک قاضی، چهار مفتی و دو منشی (محرر) بودند. در این محاکم دیوانهایی برای رسیدگی به اختلافات مدنی، جزایی و تجارتي وجود داشت.^{۳۵} در کابل، هیأت عالی تمیز به حیث محکمه عالی رسیدگی نهایی برای تمام افغانستان تأسیس شده بود.^{۳۶} از آنجا که محاکم ابتدائیه و استیناف صلاحیت رسیدگی به متن و محتوای قضایا را داشتند، هیأت عالی تمیز صرف صلاحیت رسیدگی شکلی به تطبیق قانون را داشت و بنابراین صلاحیت آن محدود به تطبیق عملکرد محاکم تحتانی در اجرای شریعت و قوانین وضعی بود. هیأت عالی تمیز می‌توانست اقدام به ابرام (تأیید) و نقض تصامیم محاکم تحتانی نماید، اما صلاحیت اتخاذ تصمیم و صدور حکم را نداشت.

قضات هیأت عالی تمیز همانند قضات محاکم تحتانی باید توسط پادشاه منصوب می‌شدند، اگرچه قضات معین می‌توانستند توسط وزیر عدلیه منصوب شده یا آنکه قضات معین

³³ Kamali, see note 9, 212.

³⁴ Kamali, see note 9, 213.

³⁵ Kamali, see note 9, 213.

³⁶ کمالی، پاورقی ۹ ص ۲۱۳؛ هیأت عالی تمیز در یک جلسه مرکب از اعضای محکمه استیناف کابل تشکیل می‌شد. اگر تصمیم محکمه استیناف کابل مورد اعتراض قرار می‌گرفت، قضات صادر کننده آن فیصله از شرکت در جلسه هیأت عالی تمیز ممنوع و مستثنی بودند.

محاکم ابتدائیه ممکن بود توسط والی‌ها انتصاب گردند.^{۳۷} در کنار محاکم عادی، چندین محکمه اختصاصی نیز وجود داشتند که صلاحیت رسیدگی به قضایای خاص را دارا بودند.

ب) محاکم اختصاصی

۱. محاکم تجارتي

از آنجا که اقلیت‌های مذهبی به خصوص هندوها و یهودیان، دارای نقش مهمی در حیات تجارتي افغانستان بوده‌اند، تقاضا برای رسیدگی به قضایا توسط محاکمی غیر از محاکم شرعی بسیار زیاد بود. در نتیجه در اواخر قرن نوزدهم هیأتی تجارتي موسوم به «پنچات» در کابل ایجاد گردید. رئیس این هیأت توسط تجار کابل انتخاب می‌گردید و اغلب یک هندو به حیث رئیس انتخاب می‌گردید.^{۳۸} این هیأت به اختلافات ناشی از مسائل تجارتي، قراردادهای، مدارک و اسناد رسیدگی می‌کرد. علما از پنچات بسیار ناراضی و منتقد آن بودند. در جریان برگزاری لویه جرگه ۱۹۲۴^{۳۹} علما موفق شدند که با ارایه برخی تغییرات، صلاحیت رسیدگی به امور تجارتي را مجدداً به محاکم شرعی اعاده کنند و در نتیجه پنچات منحل گردید. در مقابل دیوان خاصی در محاکم دارای صلاحیت عمومی جهت رسیدگی به قضایای تجارتي ایجاد گردید.^{۴۰}

³⁷ Kamali, see note 9, 213.

³⁸ Kamali, see note 9, 220.

³⁹ در این لویه جرگه اصلاحات و اقدامات امان الله خان به نحو مناقشه آمیزی مورد بحث قرار گرفت. این مجمع به دعوت امان الله خان و بعد از آن که معلوم شد قبایل سنتی و نخبگان مذهبی با اصلاحات او مخالف هستند، تشکیل شد. برای مطالعه تفصیلی این موضوع بنگرید به: Poullad, note 20.

⁴⁰ در سال ۱۹۳۱، دیوان فیصله منازعات تجارت در کابل ایجاد گردید که چند سال بعد از آن نیز در قندهار و مزار شریف تأسیس شد. صلاحیت رسیدگی به اعتراض از تصامیم این دیوانها بر عهده دیوان مستقر در کابل بوده، رسیدگی به اعتراض و صدور تصمیم نهایی بر عهده شورای وزارت تجارت بوده است. بعد از آن در سال ۱۹۴۹، محکمه‌ای سه‌مرحله‌ای تأسیس شد که محکمه مرافعه تجارتي و محکمه تمیز تجارتي — هر دو محکمه اخیر در کابل مستقر بودند — از جمله آنها بوده‌اند.

۲. سایر محاکم اختصاصی

سایر محاکم اختصاصی عبارت بودند از محاکم کارکنان دولتی، محکمه عالی برای محاکمه وزرا و محاکم عسکری. محاکم کارکنان دولتی متشکل از شورای دولتی و شورای مشوره ایالتی بود که هر دو آنها مرکب از نیمی از اعضای انتخابی و نیمی اعضای انتصابی بوده‌اند که وظیفه اصلی‌شان ارایه مشوره بود. شورای دولتی مکلف بود اقدام به ارایه مشوره به دولت در ارتباط با مسایل تقنینی نموده و مسوده قانونی را تهیه نماید، درحالی که وظیفه شورای مشوره ایالتی بررسی امور اداری ولایت تحت نظارت والی مربوطه بوده است.^{۴۱} علاوه بر این، این شوراها صلاحیت رسیدگی به کلیه اتهامات جزایی مطروحه علیه مقامات دولتی را حسب مورد در پایتخت یا ولایت دارا بودند. به علاوه، شورای دولتی به حیث محکمه استیناف نیز عمل می‌کرد. قابل ذکر است که این محاکم صلاحیت رسیدگی به اتهامات مطروحه علیه قضات و کارکنان قضایی به شمول قضات و مفتی‌ها را نیز یافتند، زیرا این افراد نیز به حیث کارکنان دولتی تلقی می‌شدند.

محکمه عالی برای محاکمه وزرا (دیوان عالی) یک محکمه موردی و موقتی بود که تنها وظیفه آن تحقیق و رسیدگی به اتهام سوء رفتار ارتكابی وزرای دولت بوده است.^{۴۲} قضات محاکم اختصاصی ضرورتاً از میان علما انتخاب نمی‌شدند، زیرا مقررات و قوانین ذیربط این محاکم، جزیی از موازین شرعی نبوده است. اگرچه اصلاحات و اقدامات امان‌الله خان بسیار بی‌موقع بوده است، لیکن ارتقای استقلال قضایی هرگز در دستور کار نبود. با وجود آنکه قانون اساسی ۱۹۲۳ مقرر می‌نمود که «در افغانستان همه محاکم عدلیه مستقل و مصون از هر نوع دخالت می‌باشند»، این که آیا چنین قانونی منجر به آزادی عمل بیشتر محاکم شده باشد، محل تردید است. در این زمان، نظام قضایی هنوز جزیی از قوه اجرائیه بوده است، به نحوی که این واقعیت در صلاحیت محاکم کارکنان دولتی که می‌توانستند اقدام به صدور حکم علیه قضات کنند نیز منعکس شده بود. به علاوه، قوه اجرائیه نیز در این زمان مشهور به تجاوز و تعدی به استقلال محاکم بوده است.^{۴۳}

⁴¹ Kamali, see note 8, 216 et seq.

^{۴۲} برای مطالعه تفصیلی این مطلب بنگرید به کمالی، پاورقی ۹، ص ۲۱۷ و بعد.

^{۴۳} این واقعیت که قوه قضاییه هنوز به نحو مستحکمی در دستهای نهادهای مذهبی محافظه کار بود، بدون تردید موجب ایجاد انگیزه قوی جهت اجرای برنامه‌هایی در این راستا نمی‌شد.

در ارتباط به قوانین قابل اجرا توسط محاکم، قانون اساسی ۱۹۲۳ محدودیتی برای اعمال مذهب خاصی از مذاهب اسلامی در امور قضایی ایجاد نکرده بود. ماده ۲۱ قانون اساسی مذکور حکم کرده بود که: «در محاکم عدلیه تمام اختلافات و قضایا مطابق به اصول شریعت و قوانین عمومی مدنی و جزائی حل و فصل می‌شوند».^{۴۴}

از آنجا که چندین اقدام اصلاحی امان الله خان مورد اعتراض علما قرار گرفته بود، حکومت امان الله خان به شدت مشروعیت خود را از دست داد. علاوه بر این، اصلاحات و اقدامات اقتصادی او منافع روسای قبایل را قطع نمود و در نتیجه آنها را به مخالفان امان‌الله تبدیل کرد. در چنین اوضاع و احوالی، تلاش دولت امان الله خان برای قطع قاچاق و جمع‌آوری عوارض جاده‌ها در برخی مناطق مرزی منجر به شورش قبیله تاجک گردید. در طی این شورش نیروهای عسکری از حمایت موثر امان الله خان خودداری کردند. در نتیجه کابل تحت تصرف درآمد و رهبر شورشی‌ها، حبیب الله اعلان پادشاهی کرد.

گفتار سوم: عکس العمل و نوسازی آرام (۱۹۳۱-۱۹۶۴)

حبیب الله حاکم جدید، مسئولیت اجرای عدالت و تعلیم و تربیه را به علما بازگرداند.^{۴۵} با این حال، دوره کوتاه حکومت حبیب الله، زمانی که نادرشاه جنرال سابق جنگ انگلیس و افغانها و عضو خانواده پادشاهی، کابل را فتح کرد و بر تخت سلطنت نشست، پایان یافت.^{۴۶}

به حیث عکس العملی نسبت به هرج و مرج حاصل از سقوط حکومت امان الله خان، قانون اساسی ۱۹۳۱ نادرشاه بر وحدت و تمامیت افغانستان و نیز بر قدرت فائقه و صلاحیت‌های پادشاه تاکید نمود.^{۴۷} نادرشاه، بیشتر قسمت‌های مورد مناقشه و بحث انگیز نظام نامه را ملغی نمود و قابلیت اجرای قوانین و موازین مذهبی از طریق محاکم شرعی را به نحوی که توسط حبیب الله ایجاد شده بود، محدود کرد.^{۴۸} مواد ۸۷ و ۸۸ قانون اساسی ۱۹۳۱ حکم نمود که مرافعات عمومی باید وفق قوانین شرعی تنظیم شده و مطابق به احکام فقه حنفی مورد رسیدگی قرار گیرند.

⁴⁴ Kamali, see note 9, 30.

⁴⁵ Ewans, see note 8, 130.

⁴⁶ Ewans, see note 8, 136 et seq.

⁴⁷ R. Magnus, "The Constitution of 1964", in: L. Dupree L. Albert (eds.) *Afghanistan in the 1970s*, 1974, 54 et seq.

⁴⁸ Ewans, see note 8, 139.

بعد از قتل نادرشاه در سال ۱۹۳۳، پسر ۱۹ ساله او محمد ظاهر شاه بر تخت سلطنت نشست. در دهه‌های بعدی کاکاها و اعضای خانواده ظاهر شاه، که به حیث نخست وزیر انجام وظیفه می‌کردند، بر سیاست‌های افغانستان حاکم بودند. برجسته‌ترین آنها داؤود خان بود که بعدها اولین رئیس جمهوری افغانستان (حکومت ۱۹۷۳-۱۹۷۸) شد.

داؤود خان به حیث نخست وزیر در طول سالهای ۱۹۵۳ تا ۱۹۶۳ انجام وظیفه می‌کرد. درحالی که از یک طرف، دوره نخست وزیری داؤود خان به حیث دوره‌ای از اقدامات موفق بسیار جهت مدرن کردن افغانستان شناخته شده بود، اما از طرف دیگر این مدرن‌سازی با محدود کردن حقوق و آزادیهای مدنی (شهروندی) و تمرکز بیشتر قدرت در دست دولت مرکزی نیز همراه بوده است.^{۴۹} استعفای داود خان منجر به خلاء قدرت در افغانستان شد، به نحوی که موجب ایجاد فرصتی بی‌نظیر برای سه نیروی سیاسی مهم (یعنی روشنفکران و بزرگان قبایل سنتی و خانواده پادشاهی) گردید تا با یکدیگر اشتراک نموده و به توافق و سازش گسترده جهت مشارکت در قدرت دست پیدا کنند.^{۵۰}

گفتار چهارم: دوره آزادی و قانون اساسی ۱۹۶۴

در سال ۱۹۶۴ قانون اساسی جدیدی به تصویب رسید که توافقات حاصله را به مرحله عمل در آورده و قدرت دولت را دوباره توزیع می‌کرد. برخلاف اهداف قانون اساسی ۱۹۳۱، هدف اصلی قانون اساسی ۱۹۶۴ تفکیک و هماهنگ سازی میان شعب مختلف قدرت بود.^{۵۱}

بر خلاف بیشتر قوانین اساسی تاریخ افغانستان، قانون اساسی ۱۹۶۴ محصول مذاکرات و توافق‌های فراوان میان گروه‌های مختلف بود. در نتیجه نوسازی قضایی همراه با نظم مبتنی بر قانون اساسی جدید بسیار واقعی‌تر و نیز کم‌ابهام‌تر از اصلاحات دهه ۱۹۲۰ بوده و نیز از نظام‌مندی و هماهنگی و هم‌نوایی بیشتری برخوردار بوده است. پذیرش وسیع قانون اساسی ۱۹۶۴ با توجه به این واقعیت نیز مورد تاکید قرار گرفت که توافقی بن این قانون اساسی را به حیث ساختار حقوقی دوره انتقالی انتخاب نمود.^{۵۲}

⁴⁹ Magnus, see note 49 et seq.

⁵⁰ Magnus, see note 49; Ewans, see note 8, 165.

⁵¹ Magnus, see note 49.

⁵² ماده ۱-۲ از توافقی بن.

الف) تفکیک قوا و اولین تلاشها برای نیل به یک قوه قضائیه مستقل

مواد ۹۷ و ۹۸ قانون اساسی ۱۹۶۴ قوه قضائیه را به حیث ارگان مستقل دولت تأسیس نمود. ماده ۹۸ قانون مهمی بود که اعلام نمود قوه قضائیه تنها مرجع صالح برای رسیدگی به اختلافات حقوقی به شمول آن دسته از اختلافاتی که دولت یک طرف آن است، می‌باشد. امکان این که هر قانونی صلاحیت رسیدگی به یک قضیه را از قوه قضائیه خارج کند، ممنوع شده بود.

به حیث یک تضمین نهادینه و اساسی استقلال قوه قضائیه، ماده ۱۰۷ قانون اساسی ۱۹۶۴ ستره محکمه را به عنوان ارگان اصلی و رأس قوه قضائیه افغانستان ایجاد نمود که بسیار مشابه وضعیت کنونی، در کنار برخورداری از اختیارات قضایی، در عین حال، عالی‌ترین ارگان اداری قوه قضائیه نیز بوده است. ستره محکمه مسئول تنظیم سازمان و عملکرد محاکم به شمول پیشنهاد کاندیدهای قضاوت به پادشاه و به علاوه پیشنهاد ارتقاء، انتقال و تقاعد آنها نیز بوده است. به علاوه ستره محکمه مسئول رسیدگی به قضایای آن دسته از قضاتی که متهم به ارتکاب جرم بوده‌اند نیز بود. علاوه بر این، ستره محکمه صلاحیت انتصاب، ارتقا، برکناری و تقاعد کارکنان دولتی و مستخدمان اداری قوه قضائیه را نیز داشت. قاضی القضاة مسؤل تهیه بودجه قوه قضائیه که به وسیله آن قوه اجرا می‌شد نیز بود (ماده ۱۰۷). سرانجام ستره محکمه صلاحیت رایه لوایح قانونی مرتبط با امور قضایی را به پارلمان داشته است (ماده ۷۰).

تُه قاضی عضو ستره محکمه به شمول قاضی القضاة وفق ماده ۱۰۵ قانون اساسی ۱۹۶۴ توسط پادشاه تعیین می‌شدند. به موجب همین ماده، پادشاه؟؟؟؟ مجاز به بازنگری در انتصاب این قضاة بعد از ۱۰ سال بود. صرف نظر از این امر، عزل قضاة ستره محکمه صرف در صورتی امکان پذیر بود که یک ثلث اعضای ولسی جرگه خواهان محاکمه یک یا چند نفر از اعضای ستره محکمه به اتهام ارتکاب جرمی مرتبط با وظیفه آنها باشند. برای موفقیت این درخواست، ضرورت محاکمه باید به تصویب دو ثلث اکثریت اعضای ولسی جرگه می‌رسید (ماده ۱۰۶). قضاة ستره محکمه بعد از پایان دوره وظیفوی خویش، از اشتغال به وزارت، سایر مناصب حکومتی و عضویت در مجالس قانونگذاری، ممنوع بودند. (ماده ۱۰۵). در مقابل آنها از کلیه مزایا و معاش دوره خدمت وظیفوی خود، تا پایان زندگی برخوردار بودند، جز آنکه در نتیجه محاکمه از شغل خود معزول شده باشند.

به علاوه، ماده ۹۰ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۹۶۷)^{۵۳} حکم کرده بود که اگر یک قاضی بخواهد در یک حزب سیاسی اشتراک ورزد یا کاندیدان عضویت در مجلس قانون گذاری (پارلمان) یا حتی شورای شاروالی گردد، باید از شغل خود استعفا دهد.

ب) معیارهای انتصاب قضات

۱. قضات ستره محکمه

قضات ستره محکمه باید حداقل دارای ۳۵ سال سن (قاضی القضاة حداقل دارای ۴۰ سال) بوده، لیاقت و شایستگی انتخاب در شورای ملی را داشته^{۵۴} و نیز باید دارای دانش و آگاهی کافی از علم حقوق، اهداف ملی و نظام حقوقی افغانستان باشند (ماده ۱۰۵). بنابراین داشتن حکم رسمی از یک موسسه عالی آموزشی ضروری نبود تا شخص صلاحیت انتصاب به حیث قاضی ستره محکمه را داشته باشد. با این حال، مطابق نظر بسیاری از حقوقدانان افغان، ماده ۱۰۵ به نحوی تفسیر شده بود که آشنایی با قوانین اسلامی و نیز قوانین وضعی برای انتصاب این قضات ضروری بود.^{۵۵} به حیث نمونه، در اواخر دهه ۱۹۶۰، تنها دو قاضی ستره محکمه از جمله اشخاص دارای آموزش مذهبی (فقهی) و البته دارای تجربه قضایی طولانی نیز بوده‌اند، بقیه قضات ستره محکمه فارغ التحصیل پوهنتون کابل و دارای تحصیلات تکمیلی بالاتر از لیسانس بودند.^{۵۶}

۲. قضات عادی

در ارتباط به قضات عادی، معیارهای انتصاب آنها در ماده ۷۵ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم ۱۹۶۷ ذکر شده بود.^{۵۷} مطابق فقره ۴ ماده مذکور، کاندیدهای قضاوت در محاکم

^{۵۳} فرمان شماره ۲۱۸۹-۵۸۸ سال ۱۹۶۷ منتشره در جریده رسمی شماره ۸۹

^{۵۴} این شرایط به حیث مثال وفق ماده ۴۶ قانون اساسی مذکور شامل داشتن تابعیت افغانستان حداقل از ده سال پیش، عدم محرومیت از حقوق سیاسی توسط یک محکمه بعد از نشر این قانون اساسی و نیز داشتن سواد خواندن و نوشتن بوده است.

^{۵۵} International Crisis Group, "Asia Report No. 45," *Judicial reform and transitional justice*, 10, 2003.

^{۵۶} Kamali, see note 9, 208.

^{۵۷} فرمان شماره ۲۱۸۹-۵۸۸ سال ۱۹۶۷ منتشره در جریده رسمی شماره ۸۹

عادی باید دارای مدرکی مشابه لیسانس از پوهن‌خُی حقوق یا شرعیات یا دارای مدرکی از یک مدرسه رسمی که توسط دولت اداره می‌شود و حداقل معادل با یک دیپلم متوسطه فرانسوی است باشند. تا پایان دهه ۱۹۶۰ قضات عمدتاً از میان فارغ التحصیلان پوهن‌خُی شرعیات در کابل یا از نه مدرسه عالی مذهبی که توسط دولت اداره می‌شدند و یا از میان محصلان مذهبی درس خوانده در مساجد بودند.^{۵۸} انتصاب قضات از میان محصلان تعلیم یافته در مساجد مطابق شرایط قانونی نبود. ماده ۱۰۲ قانون اساسی ۱۹۶۴، برخلاف قانون اساسی ۱۹۳۱، صراحتاً اعمال قوانین شرعی را به حیث یک منبع فرعی مورد حکم قرارداد و محاکم را ملزم به حل و فصل اختلافات بر مبنای توسل به قانون اساسی و قوانین دولتی نمود.^{۵۹} بنابراین، قضات باید در کنار آشنایی با حقوق اسلامی، با اجرای قوانین وضعی نیز آشنا و مأنوس بوده باشند. در نتیجه، قوه قضائیه شروع به متنوع کردن منابع استخدام نیروی مورد نیاز خود از طریق ایجاد حد نصاب پذیرش برای دارندگان صلاحیت‌های تحصیلی و آموزشی مختلف کرد.^{۶۰} به علاوه، یک پروگرام آموزش و تربیه قضایی یکساله در سال ۱۹۶۸ نیز شروع به اجرا نمود. قضات برجسته و عالی رتبه، مدیران و استادان حقوق به خدمت گرفته شدند تا صلاحیت علمی کاندیدهای قضاوت را بالاتر ببرند. آن دسته از دارندگان آموزش‌های اسلامی که قرار بود قاضی شوند باید اقدام به انجام تحقیقی در اصول نظام حقوقی غربی و مقررات اصلی افغانستان نمایند، درحالی که همین افراد دارای تحصیلات در حقوق موضوعه باید اقدام به برخی مطالعات اسلامی و دریافت این گونه آموزش‌ها می‌کردند.^{۶۱}

پ) تشکیلات محاکم مطابق قانون اساسی ۱۹۶۴ و قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم مصوب ۱۹۶۷ با نظر داشت اصول راهبر قانون اساسی، یک نظام سه مرحله‌ای از رسیدگی قضایی را ایجاد نمود. محاکم ابتدائیه (مواد ۵۶ - ۶۲) به حیث محاکم مرحله اول دارای صلاحیت عام در قضایای جزایی و مدنی بوده و صرف صلاحیت رسیدگی به قضایای تحت صلاحیت خاص محاکم ولایت را نداشتند (مواد ۴۳-۵۵). محاکم ولایت در یک قسمت به حیث محاکم مرحله اول جهت رسیدگی به قضایای

⁵⁸ Weinbaum, see note 61, 47.

^{۵۹} ماده ۱۰۲ قانون اساسی ۱۹۶۴.

⁶⁰ Weinbaum, see note 61, 47.

⁶¹ Weinbaum, see note 66, 44; Kamali, see note 9, 207.

مرتبط با جرایم مقامات دولتی که در رابطه با وظایف‌شان مرتکب شده‌اند و نیز جهت رسیدگی به جرایم مطبوعات، قاچاق و سایر جرایم مذکور در قانون عمل می‌کردند. این محاکم صلاحیت رسیدگی به قضایای مالیه و قضایای مربوط به انتخاب پارلمان، شورای شاروالی یا شورای ولایت را نیز داشتند. محاکم ولایت دارای صلاحیت رسیدگی استینافی به فیصله‌های صادره از محاکم ابتدائیه نیز بودند (ماده ۳۶). رئیس محاکم ولایت صلاحیت ایجاد دیوانهایی برای رسیدگی به اختلافات تجارتهای را داشت (ماده ۴۷). به علاوه، در صورت ضرورت، او باید نسبت به تعیین یک قاضی برای رسیدگی به قضایای صغار تا زمانی که محکمه صغار (اطفال و نوجوانان) تأسیس گردد، اقدام می‌کرد (ماده ۴۸). محکمه عالی استیناف مرکزی (مواد ۳۵-۴۲) در کابل مستقر بود و در مقام رسیدگی استینافی، صلاحیت بررسی شرایط شکلی و قانونی تصامیم محاکم ولایت را که به حیث محکمه رسیدگی کننده اولی اقدام کرده بود، به شمول قضایای مربوط به قانون تجارت و قانون کار را داشت. بعد از مدتی، این محکمه منحل شد و وظایف آن به محکمه استیناف امنیت عامه مرکزی و محکمه استیناف تجارتهای منتقل گردید.^{۶۲}

ستره محکمه (مواد ۵-۱۷) عالی‌ترین ارگان قوه قضائیه بود و دارای اختیار و صلاحیت اداری برای اداره قوه قضائیه و به علاوه دارای برخی اختیارات و صلاحیت‌های قضایی بود (ماده ۳)، که از جمله مهمترین آن صلاحیت‌ها اتخاذ تصمیم در رابطه با انطباق یا عدم انطباق قوانین با قانون اساسی و نیز تصمیم‌گیری در خصوص تفسیر اجرای قانون بود. در داخل ستره محکمه، یک محکمه استیناف جهت بررسی رعایت قانون در محاکم دیگر ایجاد شده بود (مواد ۱۸-۳۴). این محکمه استیناف، صلاحیت بررسی کلیه احکام محکومیت محاکم ولایت را که از جهت انطباق با قانون مورد اعتراض قرار بودند، داشت (ماده ۲۸). این محکمه باید اقدام به بررسی تصمیم اتخاذی محاکم ولایت از جهت انطباق با قانون و نیز انطباق با اصول شریعت می‌کرد (ماده ۳۰). محاکم تحتانی ملزم به پیروی از رویه محکمه استیناف و ستره محکمه بودند (ماده ۲۴). صرف نظر از اختیار پادشاه در رابطه با انتصاب قضات ستره محکمه که بدون ایفای نقشی از طرف قانونگذار صورت می‌گرفت، قانون اساسی ۱۹۶۴ اصول بنیادینی را ایجاد نمود که امکان انکشاف استقلال قضایی را فراهم می‌کرد. با این حال، در تنها قضیه‌ای که مربوط به اختلاف میان قانونگذار

۶۲ فرمان شماره ۴۱۵-۱۳۸۰ سال ۱۹۶۸، منتشره در جریده رسمی شماره ۱۱۷.

و قوه اجرائیه راجع به بودجه بود و می‌توانست آزمایشی برای میزان استقلال قوه قضائیه باشد، شاه مداخله نمود و اختلاف را حل و فصل کرد.^{۶۳}

در طول دهه‌های ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ نظام حقوقی افغانستان به آرامی در مسیر تجدد و استقلال قضایی، با استفاده از قضاتی که بهتر آموزش دیده و توانایی بیشتری در اجرای قوانین وضعی داشتند، انکشاف یافت.

گفتار پنجم: دوره انقلاب و آشوب‌های داخلی (۱۹۷۳-۲۰۰۱)

الف) ریاست جمهوری داود

با اعلام جمهوری افغانستان توسط رئیس جمهور داود خان که بعد از کودتای ۱۹۷۳ وی صورت گرفت، ستره محکمه منحل شد و صلاحیت‌های آن به کمیته عدالت عامه و وزارت عدلیه که عنوان آن به شورای عالی قضایی تغییر یافته بود، منتقل گردید. صلاحیت قضایی القضاة به وزیر عدلیه منتقل شد. تشکیلات سایر محاکم که طبق قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم ۱۹۶۷ ایجاد شده بودند، به همان ترتیب باقی ماند. تجربه سالهای بعد به ایجاد دوباره یک ستره محکمه در قانون اساسی جدید مصوب ۲۷ فبروری ۱۹۷۷ منجر شد.^{۶۴} این ستره محکمه، یک بار دیگر صلاحیت‌های پیشین خود را بدست آورد (مواد ۱۰۱، ۱۱۲). با این حال در متن این قانون اساسی کاهش و تقلیل استقلال قوه قضائیه کاملاً مشهود است. ماده ۷۶ این قانون اساسی قوه قضائیه را به حیث یک ارگان حکومت معرفی نموده است، بدون آن که از استقلال آن همانند قانون اساسی ۱۹۶۴ سخنی به میان آورد. رئیس جمهور، قضاة ستره محکمه و علاوه بر آن قاضی القضاة را منصوب می‌کرد (ماده ۱۰۷) و هیچگونه تعاملی با قوای دیگر جهت انتصاب آنها نداشت.

به علاوه ماده فقره ۴ از ماده ۱۰۴ به رئیس جمهور امکان بازنگری در انتصاب قضاة بعد از ۵ سال از اشتغال آنها را داد، درحالی که این مدت در قانون اساسی ۱۹۶۴، ده سال بود.^{۶۵}

⁶³ J. A. Their, "Re-establishing the Judicial System in Afghanistan", *CDDRL Working Papers*, No.19 (2004), Stanford Institute for International Studies, 1 et seq.

⁶⁴ منتشره در جریده رسمی شماره ۳۶۰.

⁶⁵ در ارتباط به عدم استقلال قضایی نیز بنگرید به:

R. Bachardoust, *Afghanistan Droit constitutionnel histoire, régime politiques et relations diplomatiques depuis 1747*, 2002, 146.

ب) رژیم کمونیستی

پیش از آنکه ستره محکمه دوباره ایجاد گردد، حکومت داود خان از طریق یک کودتای دیگر توسط نیروهای کمونیست منقرض گردید.^{۶۶} مطابق اعلام شورای نظامی انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان^{۶۷} قانون اساسی ۱۹۷۷ ملغی و کلیه امور کشور باید بنا به فرامین و مقررات اجرایی شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان تنظیم شود. شورای انقلابی اعلام کرد که کلیه قوانین و مقررات جز قانون اساسی ۱۹۷۷ باید مورد عمل قرار گیرند، البته تا حدی که این قوانین و مقررات منطبق با اهداف و آرمانهای جمهوری دموکراتیک افغانستان بوده و توسط شورای انقلابی ملغی اعلام نگردند.^{۶۸} ماده ۲ همین فرمان اختیارات ستره محکمه را به یک شورای عالی قضایی که در رأس آن وزیر عدلیه قرار داشت و در مقابل شورای انقلابی پاسخگو بود، منتقل نمود؛ درحالی که اختیارات قاضی القضاة نیز یک بار دیگر به وزیر عدلیه منتقل گردید.^{۶۹} وظایف شورای عالی قضایی به نحو مبهمی تحت عنوان دفاع از قانون جمهوری دموکراتیک، تأمین مصالح و منافع مردم، رسیدگی به خواسته‌های انقلاب و اعلام مبانی اساسی سیاست و وظایف انقلابی به نحوی که توسط شورای انقلابی تعیین شده است، مطرح شده بود. به علاوه، ماده ۷ اقدام به ایجاد یک محکمه انقلابی نیروهای عسکری نمود که دارای اختیارات نامعین نسبت به جرایم عسکری و اشخاص سیاسی بود که علیه انقلاب یا مصالح مردم، مصالح عمومی یا امنیت داخلی و خارجی جمهوری دموکراتیک افغانستان صورت گرفته بودند. محاکم نظامی و عنوان آن در سالهای بعد حکومت رژیم کمونیستی چندین دفعه تغییر کرد تا آنجا که در سال ۱۹۹۰ منحل گردید.^{۷۰} از آنجا که این محکمه از جمله محاکم خاص رژیم

^{۶۶} Ewans, note 8, 176 et seq.

^{۶۷} فرمان شورای نظامی انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان، ۶ مای ۱۹۷۸، منتشره در جریده رسمی شماره ۳۹۶.

^{۶۸} فرمان شماره ۳ شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان، ۲۸ مای ۱۹۷۸، منتشره در جریده رسمی شماره ۳۹۸، ماده ۱.

^{۶۹} ماده ۶ فرمان شماره ۳.

^{۷۰} M. H. Saboorry, "The progress of Constitutionalism in Afghanistan" in: N. Yassari (ed.) *The Sharia in the Constitution of Afghanistan, Iran and Egypt Implications for Private Law*, 2005, 12 et seq;

برای مطالعه گزارشی مفصل درباره این دوره بنگرید به:

M. O. Zhubal, *A Short Glance on the Activities of the Judiciary Organ [sic] of Afghanistan (1357-1368)*, (in Persian), 1990, 19 et seq.

کمونستی بوده و هیچ تأثیری بر سیستم فعلی محاکم نداشته است، به تفصیل مورد بررسی قرار نمی‌گیرند.^{۷۱}

قانون اساسی کمونیست‌ها در سال ۱۹۸۰^{۷۲} یک بار دیگر ستره محکمه را به حیث عالی‌ترین ارگان قضایی افغانستان ایجاد نمود.^{۷۳} این ستره محکمه دارای صلاحیت و وظیفه کنترل قوه قضائیه و نظارت بر روش‌ها و تمامیت و وحدت آن بوده است. ماده ۵۶ این قانون اساسی استقلال قضات را رسماً اعلام نمود. با این حال، ماده ۵۵ پیش‌بینی نموده بود که ستره محکمه باید به طور منظم به شورای انقلابی راپور دهد؛ امری که مناقض مفهوم و عقیده به استقلال آن بوده است. تمام قضات محاکم عادی به علاوه قضات ستره محکمه باید توسط کابینه رئیس شورای انقلابی منصوب می‌شدند؛ کاندیدها معمولاً توسط ستره محکمه پیشنهاد می‌گردیدند.^{۷۴} ماده ۵۴ دیوان خاصی را برای رسیدگی به قضایایی که باید توسط قانون تعیین می‌شدند، ایجاد کرد.

به حیث بخشی از تلاش رژیم کمونیستی جهت افزایش حمایت مردمی از آن، قانون اساسی جدیدی در سال ۱۹۸۷ وضع شد^{۷۵} که صرف چند تغییر جزئی در تشکیلات محاکم ایجاد نمود. ماده ۱۰۷ این قانون اساسی قوه قضائیه را به حیث یک ارگان مستقل حکومت اعلام نمود و ماده ۱۰۹ ستره محکمه را به حیث عالی‌ترین ارگان قضایی، مسؤل نظارت بر فعالیت‌های محاکم و تأمین اجرای یکسان قوانین بیان نمود. مطابق ماده ۱۱۰ قاضی القضاات و به علاوه ستره محکمه توسط رئیس جمهور برای مدت شش سال منصوب می‌گردیدند.

پ) جنگ‌های داخلی

از طریق تجدید نظر در قانون اساسی در سال ۱۹۹۰ آخرین بقایای کمونیسم حذف و به علاوه برخی تعدیلات و تغییرات ایجاد گردید. ماده ۱۱۰ قانون اساسی ۱۹۹۰ پیش‌بینی نمود که قاضی القضاات در مقابل رئیس جمهور مسؤل و پاسخگو می‌باشد و باید به او

^{۷۱} برای مطالعه تفصیلی آن به فارسی بنگرید به Zhobal, note 73.

^{۷۲} قانون اساسی ۲۱ آپریل ۱۹۸۰ در جریده رسمی شماره ۴۵۰ نشر گردید.

^{۷۳} ماده ۵۴-۵۸، نقل از Zhobal، پاورقی ۷۳، ۳۲.

^{۷۴} Zhobal, see note 73, 32.

^{۷۵} قانون اساسی ۳۰ نوامبر ۱۹۸۷ منتشره در جریده رسمی شماره ۶۶۰.

گزارش دهد. به علاوه در ۱۹۹۰، قانون جدید تشکیلات و صلاحیت محاکم وضع شد.^{۷۶} به هر حال از آنجا که طالبان کلیه قوانین و مقررات وضع شده توسط کمونیست‌ها را لغو نمود و قوانین وضع شده در زمان حکومت ظاهر شاه را قابل اجرا اعلام کرد^{۷۷}، این قانون با عمر نسبتاً کوتاه (قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم مصوب ۱۹۹۰) به تفصیل مورد بحث قرار نمی‌گیرد.

سالهای بعد، اصولاً سالهای جنگ گروههای مختلف جنگ جویان بوده است. در سال ۱۹۹۲ قانون اساسی جدیدی برای جمهوری اسلامی افغانستان تهیه شده بود. با این حال، این قانون هرگز تصویب و اعلان نشد. ثبات نسبی در افغانستان تا زمانی که جنبش طالبان در پایان سپتامبر ۱۹۹۶ کابل را تسخیر نمود، ایجاد نگردید.^{۷۸}

گفتار ششم: از موافقت نامه بن تا قانون اساسی ۲۰۰۴

بعد از حمله تروریستی به برج‌های مرکز تجارت جهانی، ایالات متحده امریکا رهبری گروه نظامی چند جانبه‌ای را علیه رژیم طالبان بر عهده گرفت که منجر به سقوط طالبان گردید.^{۷۹} «موافقت نامه ترتیبات موقتی برای بازسازی نهادهای دائمی دولت در افغانستان» که موافقت

^{۷۶} فرمان شماره ۶۳ شورای وزیران ۱۹۹۰، منتشره در جریده رسمی شماره ۷۳۹.

^{۷۷} Ewans, see note 8, 267.

^{۷۸} برای مطالعه تفصیلی این موضوع بنگرید به:

Ewans, see note 8, 261 et seq.

^{۷۹} برای بررسی اولتیماتوم (اتمام حجت) رئیس جمهور امریکا در ۲۰ سپتامبر ۲۰۰۱

جهت تحویل رهبران القاعده که مسئول طراحی حمله یازده سپتامبر تلقی گردیده

بودند و نیز جهت مطالعه دقیق تر اردوی گروه تروریستی مورد ادعا، بنگرید به

بیانات مطرح در نشست مشترک کنگره در ۲۰ سپتامبر ۲۰۰۱. برای مطالعه

تفصیلی مراجعه کنید به:

A. H. Guhr / E. Afsah, "Afghanistan: Building a State to Keep the Peace," *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, (2005), 373 et seq. (406).

برای تجزیه و تحلیل قانونی بودن این حمله بنگرید به:

R. Wolfrum, "The Attack of September 11, 2001, the Wars against the Taliban and Iraq: Is There a Need to Reconsider International Law on the Recourse to Force and the Rules in Armed Conflict?," *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 7 (2003), 1 et seq; R. Wolfrum / C. Philipp, "The Status of the Taliban: Their Obligations and Rights under International Law", *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 6 (2002), 559 et seq.

نامه بن نیز نامیده شد، در سال ۲۰۰۱ صادر شد.^{۸۰} این موافقت نامه نسبتاً موفقیت آمیز بود، اگر چه طالبان به عنوان یکی از طرف‌های جنگ همچنان در آن غایب بود.^{۸۱} موافقت نامه بن سه مرحله از انتقال را معرفی و ایجاد نمود که سومین و آخرین آنها در ۱۹ دسامبر ۲۰۰۵ با افتتاح مجلس منتخب شورای ملی پایان یافت. موافقت‌نامه بن قانون اساسی ۱۹۶۴ را مجدداً برقرار نمود و قوانین موجود را به حیث ساختار حقوقی قانونی افغانستان تا آنجا که مغایر با موافقت‌نامه بن، تعهدات بین‌المللی افغانستان و قانون اساسی آن نباشند به رسمیت شناخت.^{۸۲} مطابق احکام و مقررات این موافقت‌نامه، یک کمیسیون قانون اساسی توسط اداره انتقالی جهت مساعدت به لویه جرگه قانون اساسی جهت وضع قانون اساسی^{۸۳} جدید ایجاد گردید.^{۸۴} بعد از نظر خواهی عمومی در تابستان ۲۰۰۳، کمیسیون قانون اساسی، طرح آنرا به دولت انتقالی در پایان سپتامبر ۲۰۰۳ تقدیم نمود.^{۸۵} سرانجام، لویه جرگه قانون اساسی طرح پیشنهاد شده را با برخی تعدیلات جزئی در ۴ جنوری ۲۰۰۴ پذیرفت و قانون اساسی در ۲۶ جنوری ۲۰۰۴ رسماً اعلام گردید.^{۸۶}

در موافقت‌نامه بن در ارتباط به قوه قضائیه طی ماده ۲-۳ پیش‌بینی شده است: «قوه قضائیه افغانستان باید مستقل بوده و باید دارای ستره محکمه افغانستان باشد، و سایر

^{۸۰} این موافقت‌نامه به این نام (موافقت‌نامه بن) به دلیل محل امضای آن نامیده شد.

سند شماره ۱۱۵۴-۲۰۰۱/S مورخ ۵ سپتامبر ۲۰۰۱.

^{۸۱} برای مطالعه تاریخی و تفصیلی مسائل منجر به موافقت‌نامه بن مراجعه کنید به: Guhr / Afsah, note 82, 373 et seq.

^{۸۲} ماده ۱-۲ موافقت‌نامه بن.

^{۸۳} اصطلاح پشتوی لویه جرگه در قانون اساسی ۲۰۰۴ تعریف شده است به نحوی که مطابق ماده ۱۱۰ آن قانون لویه جرگه عالی‌ترین مظهر اراده مردم افغانستان و متشکل از اعضای شورای ملی و روسای شوراهای ولایات و ولسوالی‌ها است. به طور سنتی یک لویه جرگه مجمعی از نمایندگان قبایل مختلف افغانستان بوده است که در سطح ملی تشکیل می‌گردید تا به تصامیم اساسی در ارتباط به کشور دست یابد.

^{۸۴} ماده ۶-۱ موافقت‌نامه بن

^{۸۵} در ارتباط به پروسه نظر خواهی بنگرید به:

International Crisis Group (ed.), "Afghanistan Briefing 12/12/2003, Afghanistan: The Constitutional Loya Jirga," 2003, 1 et seq.

^{۸۶} فرمان شماره ۱۰۳، منتشره در جریده رسمی شماره ۸۱۸

محاکم باید توسط دولت موقت ایجاد گردند. مدیریت موقت (انتقالی) باید با مساعدت سازمان ملل متحد، یک کمیسیون قضایی جهت بازسازی نظام قضایی داخلی مطابق به اصول اسلامی، معیارهای بین‌المللی، حاکمیت قانون و عنعنات حقوقی افغانستان ایجاد نماید.»

فصل دوم: تشکیلات فعلی محاکم

قضیه اول

مرشد می‌خواهد که حکومت را به دلیل تخریب بخشی از منزل او در کابل که به موجب یک دستور غیر قانونی تخریب صورت گرفته تحت تعقیب قرار دهد. کدام محکمه صلاحیت رسیدگی به قضیه مرشد را دارد؟

قضیه دوم

جمشید متهم به فروش مقدار زیادی مواد مخدر (۲۰۰ کیلوگرم تریاک) است. شما وکیل او هستید. جمشید پیش از محاکمه بسیار مضطرب می‌باشد و می‌خواهد دقیقاً بداند کدام محکمه دارای صلاحیت رسیدگی به قضیه او بوده و در صورت صدور فیصله به محکومیت او در محکمه ابتدائیه چه امکاناتی برای تقاضای استیناف به محکمه بلندتر دارد؟

گفتار یکم: محاکم ابتدائیه

الف) احکام ذیربط

ماده ۴۰ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

۱. محاکم استیناف در حوزه قضائی مربوط دارای محکم ابتدائیه به ترتیب آتی می‌باشند:
۲. محکمه ابتدائیه مرکز ولایت.

۳. محکمه اطفال.
۴. محکمه ابتدائیه تجارته.
۵. محکمه ابتدائیه ولسوالی.
۶. محکمه ابتدائیه احوال شخصیه.
۷. در مراکز ولایاتی که به محاکم ابتدائیه بیشتری ضرورت احساس شود، ستره محکمه میتواند بعد از منظوری رئیس جمهور به تأسیس آن اقدام نماید.

ماده ۴۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

۱. محاکم ابتدائیه مراکز ولایت دارای دیوانهای ذیل میباشند:
۲. دیوان جزای عمومی.
۳. دیوان مدنی.
۴. دیوان حقوق عامه.
۵. دیوان امنیت عامه.
۶. دیوان جرایم ترافیکی
۷. دیوانهای محکمه ابتدائیه مرکز مرکب از رئیس و حد اکثر چهار عضو می باشد.

ماده ۴۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

محاکم ابتدائیه مراکز ولایات قضایای ذیل را توسط دیوانهای مربوط در مرحله ابتدائیه طبق احکام قانون رسیدگی می نماید:

۱. رسیدگی قضایای مربوط به جزای عمومی توسط دیوان جزای عمومی.
۲. رسیدگی به دعاوی مدنی بین اشخاص حقیقی توسط دیوان مدنی.
۳. رسیدگی قضایای مدنی متنازعیه بین اشخاص حقیقی و حکمی یا بین اشخاص حکمی توسط دیوان حقوق عامه.
۴. رسیدگی قضایای جزائی مربوط به امنیت و منفعت عامه، قاچاق مواد مخدر و سایر جرایم مطابق احکام قانون توسط دیوان امنیت عامه.
۵. رسیدگی قضایای جزائی مربوط به حادثات ترافیکی توسط دیوان جرایم ترافیکی

ماده ۴۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

۱. در رأس محکمه ابتدائیه مرکز ولایت رئیس قرار دارد که رهبری و تنظیم فعالیتهای قضائی و اداری دیوانها را به عهده داشته و عنداللزوم در جلسات آنها شرکت می نماید.

۲. رؤسای دیوانهای محکمه ابتدائیه جلسات دیوانهای مربوط را رهبری می نمایند. در صورتیکه رئیس محکمه ابتدائیه، جلسه قضائی دیوان را رهبری نماید، در این حالت رئیس دیوان عضو دیوان مربوط پنداشته می شود.
۳. رئیس دیوان جزای عمومی در عین حال معاون رئیس محکمه ابتدائیه مرکز می باشد.

ماده ۴۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

۱. در مرکز هر ولایت یک محکمه ابتدائیه اطفال ایجاد می گردد.
۲. محکمه ابتدائیه اطفال متشکل از رئیس و چهار عضو می باشد. در صورتیکه رئیس بنا بر عللی غایب باشد، وظایف و صلاحیت های وی به یکی از اعضای که دارای سابقه بیشتر قضائی باشد، تفویض می گردد.
۳. طرز رسیدگی به تخلفات اطفال توسط قانون خاص تنظیم می گردد.

ماده ۴۵ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

۱. در مرکز هر ولایت یک محکمه ابتدائیه تجارتهی ایجاد می گردد. محکمه تجارتهی مرکب از رئیس و چهار عضو می باشد.
۲. در مراکز ولایاتی که محکمه ابتدائیه تجارتهی موجود نباشد، رسیدگی به قضایای تجارتهی از صلاحیت دیوان مدنی محکمه ابتدائیه مرکز ولایت می باشد.

ماده ۴۶ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

رسیدگی به قضایای تجارتهی، حقوق عامه و امنیت عامه در داخل حوزه قضائی محکمه استیناف بر حسب مورد در محکمه ابتدائیه تجارتهی و دیوان های مربوط محکمه ابتدائیه مرکز ولایت صورت می گیرد.

ماده ۴۷ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

۱. محکمه ابتدائیه ولسوالی مرکب از رئیس و دو عضو می باشد. در ولسوالی هایی که اعضاء موجود نباشد، رسیدگی به قضایا توسط کمتر از سه نفر قاضی صورت گرفته می تواند.
۲. در رأس محکمه ابتدائیه ولسوالی رئیس قرار دارد، در صورتیکه رئیس بنابر عللی غایب باشد، وظایف و صلاحیت های وی از طرف یکی از اعضای که دارای سابقه بیشتر قضائی باشد، اعمال می گردد.

ماده ۴۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

محکمه ابتدائیه ولسوالی تمام قضایای جزائی عادی، مدنی و احوال شخصیه را که با رعایت احکام قانون در پیشگاه آن اقامه می‌گردد، در مرحله ابتدائی رسیدگی می‌نماید.

ماده ۴۹ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

در حالت مندرج مادهٔ چهل و هشتم این قانون هرگاه محکمه دارای یک نفر قاضی باشد، یا حالات دیگری ظهور کند که ایجاب توظیف قاضی مؤقت را نماید، رئیس محکمه استیناف صلاحیت دارد که یکی از قضات محکمه استیناف را مؤقتاً توظیف نماید.

ماده ۵۰ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

۱. ستره محکمه می‌تواند عندالضرورت دیوان‌های دیگری را در چوکات محاکم ابتدائیه مراکز ولایت بعد از منظوری رئیس جمهور ایجاد نماید.
۲. ستره محکمه می‌تواند عندالضرورت دیوانهای را در چوکات محاکم ابتدائیه ولسوالی‌ها بعد از منظوری رئیس جمهور ایجاد نماید.

ماده ۵۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

۱. متهم در محکمه محاکمه می‌شود که مطابق به احکام این قانون و سایر قوانین صلاحیت رسیدگی آنرا دارد. در صورتیکه شخص مرتکب جرایم متعددی گردد که از حیث صلاحیت تابع محاکم جداگانه باشد، رسیدگی به آن در محکمه صورت می‌گیرد که صلاحیت رسیدگی شدیدترین جرم را دارد. در صورتیکه جرایم ارتكابی از لحاظ مجازات در یک درجه باشد، صلاحیت رسیدگی را محکمه دارد که رسیدگی به اتهامات وارده بر متهم را آغاز کرده است.
۲. هرگاه شخصی مرتکب جرایم متعددی گردد که از حیث صلاحیت تابع دو محکمه (اختصاصی و عمومی) باشد، صلاحیت رسیدگی آن را به اعتبار ماهیت جرم هر یک از محاکم مربوط دارا می‌باشد، در صورتیکه جرایم ارتكابی از نوع جرایم متعددی بوده که قابل تجزیه نباشد، رسیدگی به آن از صلاحیت محکمه می‌باشد که صلاحیت رسیدگی به جرم شدیدتر را دارد.
۳. شرکاء و معاونین جرم در محکمه محاکمه می‌شوند که فاعل اصلی جرم در آن محاکمه می‌شود.

ماده ۵۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

رئیس محکمه ابتدائیه، رؤسای دیوانها و اعضای قضائی آن از کیفیت، میعاد رسیدگی قضایا، صحت تطبیق قانون و مدلل بودن فیصله‌ها و قرارهای صادره خویش مسئولیت دارند.

ماده ۵۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

احکام صادره محاکم ابتدائیه در موارد آتی قطعی می‌باشد:

۱. قناعت طرفین دعوی به حکم صادره.
۲. انقضای میعاد استیناف طلبی.
۳. در صورتیکه ارزش مدعی بها الی یکصد هزار افغانی باشد.
۴. حکم به مجازات نقدی الی پنجاه هزار افغانی.
۵. سایر مواردی که در قوانین پیشبینی گردیده است.

(ب) تبصره پیرامون محاکم ابتدائیه

۱. تشکیلات

فقره ۱ ماده ۴۰ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان محاکم ذیل را به حیث محاکم اولیه در ذیل محاکم استیناف ایجاد نموده است.

- محکمه ابتدائیه مرکز ولایت
- محکمه اطفال
- محکمه ابتدائیه تجارتي
- محکمه ابتدائی ولسوالی
- محکمه ابتدائیه احوال شخصیه

از آنجا که محاکم ابتدائیه ولسوالی متشکل از سه قاضی^{۸۷} و بدون هر زیر مجموعه‌ای است، محاکم ابتدائیه مراکز ولایت متشکل از پنج دیوان متفاوت می‌باشد که دارای یک رئیس و حداکثر چهار عضو قضایی است. (ماده ۴۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). این دیوانها عبارتند از:

- دیوان جزای عمومی
- دیوان مدنی

^{۸۷} فقره ۱ ماده ۴۷ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم.

- دیوان حقوق عامه
- دیوان امنیت عامه
- دیوان جرایم ترافیکی^{۸۸}

قضایای عادی با اشتراک سه قاضی در سطح محکمه ابتدائیه مورد رسیدگی قرار می‌گیرند. بررسی قضایا توسط کمتر از سه قاضی صرف در صورتی جواز دارد که سه قاضی در محکمه رسیدگی کننده به قضیه در دسترس نباشند. (فقره ۳ ماده ۶ و فقره ۱ ماده ۴۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم).

محکمه ابتدائیه مرکز ولایت دارای یک رئیس است که رهبری امور قضایی و اداری محکمه و دیوانهای آنرا بر عهده دارد. در صورت ضرورت او در جلسات دیوانها نیز حضور پیدا می‌کند (ماده ۴۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). روسای دیوانهای فوق، ریاست دیوانهای ذیربط خود را بر عهده دارند. با این حال، در صورتی که رئیس محکمه در دیوان حضور می‌یابد، او بر جلسات ریاست نموده و روسای دیوانها به حیث قضات عادی آن جلسات خاص تلقی می‌شوند (فقره ۲ ماده ۴۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم).

همچنین محاکم ابتدائیه ولسوالی که متشکل از یک رئیس و دو قاضی دیگر هستند وجود دارند (فقره ۱ ماده ۴۷ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). در محاکمی که صرف یک رئیس حضور داشته و هیچ قاضی دیگری نیست، وی صلاحیت دارد که خودش اقدام به صدور فیصله کند. (فقره ۱ ماده ۴۷ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). اگر ضرورتی به تعیین یک قاضی دیگر به طور موقتی برای حضور در یک محکمه ابتدائیه ولسوالی وجود داشته باشد، رئیس محکمه استیناف ولایت مربوطه، صلاحیت انجام آنرا به نحو موقت دارد. (ماده ۴۹ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم).

صرف نظر از محاکم ابتدائیه مراکز ولایت و محاکم ابتدائیه ولسوالی، محاکم اختصاصی جهت رسیدگی به قضایای خاص وجود دارد.

ابتدا، مطابق فقره ۱ ماده ۳۴ قانون مبارزه علیه مواد مخدر، در محکمه ابتدائیه مرکز ولایت در کابل ششمین دیوان وفق ماده ۵۰ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم تأسیس شده

^{۸۸} ماده ۴۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم.

است که منحصراً صلاحیت بررسی قضایای مرتبط با میزان خاصی از مواد مخدر را دارد. این دیوان به حیث دیوان جرایم مرتبط با مواد مخدر نام گرفته است.

به علاوه، محاکم اطفال نیز وجود دارند. محاکم اطفال باید در کلیه مراکز ولایات ایجاد گردند (ماده ۲۶ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال و ماده ۴۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). محاکم اطفال متشکل از یک رئیس و چهار عضو دیوان می‌باشند (فقره ۲ ماده ۴۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). یک خصوصیت مهم محکمه اطفال این است که مطابق فقره ۳ ماده ۲۶ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال، قضات این محکمه علاوه بر این که باید دارای صلاحیت‌های معمولی و متعارف جهت تصدی امر قضا باشند، باید دارای توانایی‌های خاص جهت برخورد با قضایای اطفال، دارای آموزش تئوریک (نظری) خاص و نیز دارای تجربه کافی در امور محاکماتی مرتبط با اطفال باشند.

سرانجام، مطابق فقره ۱ ماده ۴۵ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، محاکم تجارتي باید در مرکز هر ولایت تأسیس گردند. این محاکم باید متشکل از یک رئیس و چهار عضو دیوان باشند. در صورتی که یک محکمه تجارتي هنوز در یک ولایت خاص تأسیس نشده باشد، دیوان مدنی از محکمه ابتدائیه ذیربط مرکز ولایت صلاحیت رسیدگی به قضایای تجارتي را دارد. (فقره ۲ ماده ۴۵ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). در صورت ضرورت، ستره محکمه صلاحیت ایجاد دیوانهای اضافی را که در چوکات محاکم ابتدائیه مرکز ولایت یا در محکمه ابتدائیه ولسوالی (ماده ۵۰ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم) و یا در محکمه استیناف (فقره ۴ ماده ۳۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم) قرار می‌گیرند بعد از منظوری رئیس جمهور دارا می‌باشد.

۲. توزیع و تقسیم صلاحیت‌ها

۱-۲. رسیدگی‌های جزایی

- صلاحیت موضوعی یا ماهوی (متنی)

در ارتباط به توزیع صلاحیت‌ها حسب ماهیت و موضوعات قضا، ماده ۲۵ قانون اجراءات جزایی موقت برای محاکم به محاکم ابتدائیه ولسوالی صلاحیت رسیدگی به جرایم قباحت،

جنحه و جنایت را بدون هرگونه تمایزی می‌دهد.^{۸۹} با این حال، قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، میان محاکم ابتدائیه مراکز ولایات و دیوانهای آنها از یک طرف و محاکم ابتدائیه ولسوالی از طرف دیگر قائل به تمایز می‌شود. مطابق ماده ۴۶ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم صرف دیوانهای ذیربط محاکم ابتدائیه مراکز ولایات صلاحیت رسیدگی به قضایای جزایی مربوط به امنیت عامه را دارا می‌باشند. قانون رسیدگی به تخلفات اطفال و قانون مبارزه علیه مواد مخدر اقدام به ایجاد صلاحیت‌های متفاوت دیگری نیز کرده‌اند. به لحاظ اسلوب و متدولوژی حقوقی اصل *posterior derogat legi priori* یعنی این اصل که اگر دو قانون معارض (مخالف) وجود داشته باشند، قانونی که مؤخر بر قانون دیگر وضع شده است باید حاکم باشد، قابل توجه است. مطابق این اصل قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، قانون رسیدگی به تخلفات اطفال و قانون مبارزه علیه مواد مخدر، قانون اجراءات جزایی موقت برای محاکم را تا آنجا که با آن مغایرت داشته باشند، نقض می‌کنند، زیرا تمام قوانین مذکور، بعد از قانون اجراءات جزایی موقت وضع شده‌اند. در ارتباط به قانون مبارزه علیه مواد مخدر این اصل صراحتاً در ماده ۵۶ آن قانون ذکر شده است.

ماده ۴۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم صلاحیت عام محاکم ابتدائیه ولسوالی‌ها را برای رسیدگی به تمام قضایای جزایی عادی اعلام می‌کند. یک پرسش مهم در این خصوص محدوده و ساحه دقیق صلاحیت‌های محاکم ابتدائیه ولسوالی و محاکم ابتدائیه مراکز ولایات است. درحالی که روشن است وفق ماده ۴۶ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه مرکز ولایت دارای صلاحیت انحصاری جهت رسیدگی به قضایای مرتبط با امنیت عامه می‌باشد و نیز هیچ‌گونه تردیدی در رابطه به صلاحیت‌های رسیدگی به قضایای مرتبط با جرائم مواد مخدر وجود ندارد،^{۹۰} ارتباط میان ماده ۴۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم با ماده ۴۲ آن قانون به شدت مورد سوال و بحث انگیز است. این موضوع قابل بررسی است که آیا ماده ۴۲ ق.ت.ص.م.ا. حاوی حکمی است که بیانگر تحدید صلاحیت‌های محاکم ابتدائیه مراکز ولایت و به حیث استثنایی بر قاعده کلی مذکور در ماده ۴۸ ق.ت.ص.م.ا. می‌باشد یا آنکه ماده مذکور (ماده

^{۸۹} برای مطالعه تقسیمات انواع جرایم بنگرید به مواد ۲۳ - ۲۶ قانون جزای افغانستان.

^{۹۰} این موضوع در مباحث آتی به تفصیل مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۴۲) توزیع کننده صلاحیت میان دیوانهای مختلف محاکم ابتدائیه مراکز ولایات است با استفاده از تفسیر سیستماتیک (نظام مند) قانون، انتخاب اخیر بیشتر قناعت بخش است. زیرا ماده ۴۸ ق.ت.ص.م.ا. تحت عنوان صلاحیت محاکم ابتدائیه ولسوالی آمده است در حالی که ماده ۴۲ آن قانون ناظر به رسیدگی به قضایا در دیوانهای مختلف محاکم ابتدائیه مراکز ولایات می‌باشد. به علاوه. ماده ۴۲ ق.ت.ص.م.ا. تحت عنوان رسیدگی به قضایای خاص بوده و بنابراین منطقی به نظر می‌رسد که قضایای تحت صلاحیت خاص در ارتباط به هر دو نوع محاکم مذکور، در این ماده مد نظر قرار گرفته باشند. یک استدلال دیگر جهت تقویت این استنباط را می‌توان از صلاحیت‌های مرتبط با قضایای مدنی استخراج کرد. این استدلال در مباحث آتی ارائه خواهد گردید.^{۹۱} بنابراین، صلاحیت‌های محکمه ابتدائیه مرکز ولایت و محکمه ابتدائیه ولسوالی وفق ماده ۴۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم به طور کلی موافق با یکدیگر می‌باشند. در نتیجه، پرسش از این که کدام یک از این محاکم صلاحیت رسیدگی به یک قضیه را دارد، به طور کلی صرف مربوط به صلاحیت رسیدگی حوزوی است. صرف در قضایایی که یک صلاحیت انحصاری محکمه ابتدائیه مرکز ولایت توسط ماده ۴۶ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم یا از طریق قانون مبارزه علیه مواد مخدر ایجاد شده است، محکمه ابتدائیه مربوطه مرکز ولایت، صلاحیت رسیدگی به آنرا از طریق اعمال صلاحیت خود نسبت به ماهیت آن قضیه دارا می‌باشد. در ارتباط به صلاحیت‌های دیوانهای محکمه ابتدائیه مرکز ولایت، ماده ۴۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم حکم می‌کند که برای رسیدگی به قضایای جزایی عادی دیوان جزای عمومی صلاحیت دارد (فقره ۱ ماده ۴۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). درحالی که دیوان امنیت عامه، صرف نظر از صلاحیت مذکور در ماده ۴۶ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم در ارتباط به جرایم مرتبط با امنیت عامه، صلاحیت رسیدگی به قضایای جزایی مرتبط با مصالح عامه و سایر قضایای موصوف در قانون را دارا می‌باشد. به علاوه، دیوان جرائم ترافیکی نیز وجود دارد که صلاحیت رسیدگی به قضایای جرائم ترافیکی را دارد.

قضایایی که مشمول صلاحیت خاص به ترتیب مذکور در ماده ۴۶ ق.ت.ص.م.ا. یا مشمول قانون مبارزه علیه مواد مخدر یا سایر مقررات قانونی نباشند، قضایایی هستند که تحت صلاحیت عام محاکم قرار دارند.

^{۹۱} فصل دوم، صلاحیت موضوعی یا ماهوی.

در ارتباط به جرایم قاچاق مواد مخدر، دیوان امنیت عامه وفق فقره ۵ ماده ۳۴ قانون مبارزه علیه مواد مخدر، اگر میزان مواد مخدر به اندازه مذکور در فقره ۴ ماده ۴ قانون مبارزه علیه مواد مخدر نباشد، دارای صلاحیت انحصاری است. در صورتی که میزان ماده مخدر به اندازه مقدار مذکور در فقره ۴ ماده فوق باشد، دیوان جرائم مرتبط با مواد مخدر محکمه ابتدائیه مرکز ولایت که در کابل مستقر است دارای صلاحیت انحصاری برای رسیدگی به کلیه جرایم ارتكابی از این نوع در افغانستان می‌باشد. (فقره ۴ ماده ۳۴ قانون مبارزه علیه مواد مخدر).

علاوه بر این، در ارتباط با رسیدگی به تخلفات اطفال، صلاحیت‌های انحصاری دیگر نیز وجود دارد. مطابق فقره ۱ ماده ۲۶ و فقره ۱ ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال، محاکم اطفال دارای صلاحیت انحصاری رسیدگی به قضایای جزایی اطفال می‌باشند. منظور از اطفال کسانی است که به سن ۱۸ سال نرسیده باشند (فقره ۱ ماده ۴ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال).

به طور خلاصه، وفق ماده ۴۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم محکمه ابتدائیه ولسوالی، و در مراکز ولایات، محکمه ابتدائیه مرکز ولایت دارای صلاحیت رسیدگی عام نسبت به قضایای جزایی، می‌باشند. مگر آنکه یک صلاحیت انحصاری توسط قانون برای یک محکمه اختصاصی ایجاد شده باشد. مانند مواردی از قبیل:

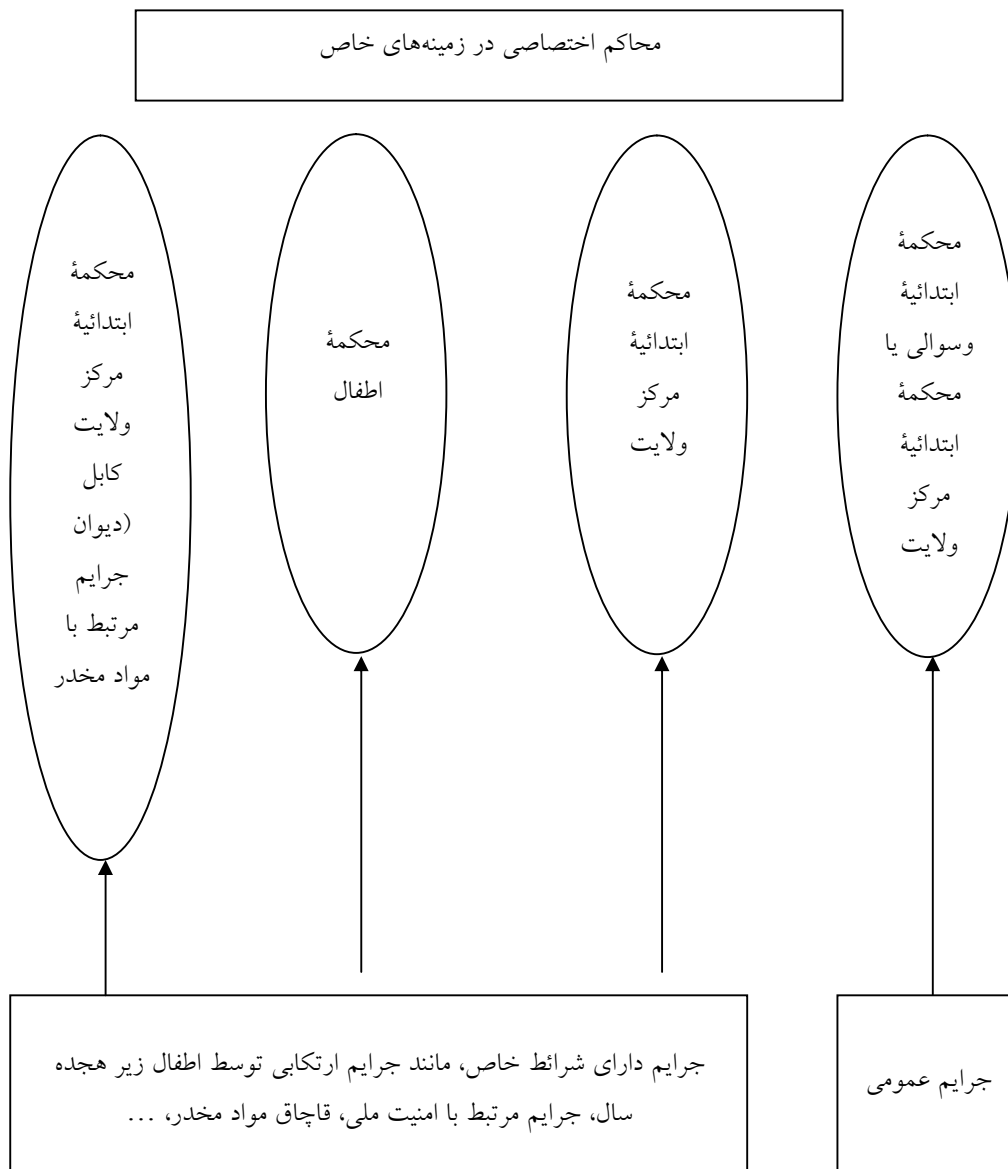
- دیوان امنیت عامه محکمه ابتدائیه مرکز ولایت دارای صلاحیت انحصاری رسیدگی به قضایای جزایی مربوط به امنیت عامه (ماده ۴۶ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم)، قاچاق مواد مخدر (فقره ۴ ماده ۳۴ قانون مبارزه علیه مواد مخدر) و سایر موضوعاتی است که صراحتاً توسط قانون به این دیوان اختصاص یافته است. جرائم علیه امنیت عامه در مواد ۱۷۳ الی ۲۵۳ قانون جزای افغانستان و نیز در قانون جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی احصاء شده‌اند. اصطلاح «قاچاق مواد مخدر» در ماده ۱۵ قانون مبارزه علیه مواد مخدر تعریف شده است. با این حال، فقره ۵ ماده ۳۴ قانون مبارزه علیه مواد مخدر بیان می‌کند که این دیوانها صرف صلاحیت رسیدگی به قضایای قاچاق مواد مخدر را در صورتی که میزان مواد مخدر به اندازه مذکور در فقره ۴ ماده ۳۴ نباشد، دارا می‌باشند.
- اگر میزان ماده مخدر به اندازه مذکور در مقررات فوق باشد دیوان جرائم مرتبط با مواد مخدر محکمه ابتدائیه مرکز ولایت مستقر در کابل به نحو انحصاری دارای صلاحیت

می‌باشد (فقره ۴ ماه ۳۴ قانون مبارزه علیه مواد مخدر) تا به تمام جرائم مرتبط با مواد مخدر در سراسر افغانستان رسیدگی کند.

- سرانجام، در هر کدام از مراکز ولایات، محاکم اطفال قرار دارند. مطابق فقره ۱ ماده ۲۶ و فقره ۱ ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال این محاکم دارای صلاحیت انحصاری رسیدگی به قضایای جزایی اطفال می‌باشند. منظور از اطفال، کسانی است که هنوز به سن ۱۸ سال نرسیده باشند (فقره ۱ ماده ۴ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال).

توزیع صلاحیت‌ها در رسیدگی‌های جزایی

محاکم ابتدائیه



- صلاحیت حوزوی

در کنار این موضوع که کدام محکمه صلاحیت رسیدگی به یک موضوع را دارد، یعنی صلاحیت موضوعی یا ماهوی (متنی)، موضوع صلاحیت حوزوی یا محلی نیز مورد بحث می‌باشد. به حیث مثال، در رابطه با یک قضیه جزایی عمومی یا محکمه ابتدائیه مرکز ولایت یا محکمه ابتدائیه ولسوالی صلاحیت رسیدگی به ماهیت آن را بر عهده دارد، اما این موضوع که کدام یک از آنها در عمل صلاحیت رسیدگی به این قضیه را دارا می‌باشد، موضوعی مربوط به صلاحیت حوزوی (محلی) است. رعایت اصل قانونی بودن محاکم به حیث یکی از نتایج موازینی که رعایت آنها برای محاکمه منصفانه (عادلانه) ضروری است مستلزم آن است که قوانین ذیربط به نحو روشن و بدون ابهام هر دو نوع صلاحیت را معین نمایند.^{۹۲} به طور معمول، موضوع صلاحیت حوزوی توسط قوانین شکلی مربوطه معین می‌شود نه توسط قوانین مربوط به تشکیلات و صلاحیت محاکم.

قاعده اساسی در خصوص صلاحیت حوزوی محاکم برای رسیدگی به قضایای جزایی، ماده ۲۶ قانون اجراءات جزایی موقت برای محاکم است. مطابق فقره ۱ این ماده شاخص صلاحیت حوزوی محکمه، محلی است که جرم در محدوده جغرافیایی آن واقع شده باشد. این امر به معنای آن است که اگر یک جرم در حوزه یک محکمه ابتدائیه ولسوالی مشخص واقع شده است، تا زمانی که آن موضوع در صلاحیت انحصاری محکمه دیگری نباشد، همان محکمه ابتدائیه ولسوالی ذیصلاح به رسیدگی می‌باشد. در نتیجه، تعیین صلاحیت حوزوی آسان به نظر می‌رسد. با این حال، در بسیاری از قضایا برخی عوامل موجب ایجاد پیچیدگی‌هایی در این خصوص می‌شوند. به حیث مثال، در یک قضیه آدم‌ربایی (اختطاف) امکان دارد که مجنی‌علیهم، پیش از آنکه مرتکبان جرم دستگیر شوند از مرزهای یک ولسوالی یا ولایت به جای دیگری برده شوند یا آنکه ممکن است یک مظنون، چند جرم مرتبط را در ولایات یا ولسوالی‌های متفاوت مرتکب شده باشد. ماده ۲۶ قانون اجراءات جزایی موقت برای محاکم چندین فقره از این احتمالات را مدنظر قرار داده است. مطابق فقره ۲ ماده ۲۶ قانون مذکور، در صورت قصد ارتکاب جرم، صلاحیت رسیدگی قضیه را محکمه‌ای دارد که آخرین عمل ارتکاب یافته به جرم در آن محل تکمیل شده باشد. در

^{۹۲} بنگرید به الکساندر گور، رامین مشتاقی و ماندانا کنوست، رهنمود ماکس پلانک

پیرامون موازین محاکمه عادلانه در افغانستان، فصل ۱-۳، قانونیت محاکم.

صورت جرم استمراری یا متوالی صلاحیت رسیدگی قضیه به محکمه‌ای مربوط می‌شود که جرم استمراری یا متوالی در آن محل ادامه یافته و ختم گردیده باشد، به این معنی که به حیث مثال محکمه ابتدائیه ولسوالی صلاحیت دارد که گروگان در آنجا رها شده یا با استفاده از زور آزاد گردیده است. درنهایت مطابق فقره ۴ ماده ۲۶ قانون اجراءات جزایی موقت برای محاکم هرگاه به متهم بیش از یک جرم نسبت داده شود، صلاحیت رسیدگی قضیه به محکمه‌ای مربوط می‌شود که شدیدترین جرم در آن محل واقع گردیده باشد. به حیث مثال، اگر عالم متهم به ارتکاب سرقت توأم با زور و ارتکاب قتل غیر عمدی به حیث جزئی از یک جرم مستی است، محکمه‌ای که در سایه آن جرم اخیر حسب ادعا مورد ارتکاب قرار گرفته است، دارای صلاحیت رسیدگی خواهد بود.

قابل تصور است که در برخی قضایا دو یا چند محکمه به دلیل تفاسیر مختلف از قانون یا اوضاع و احوال قضیه مربوطه، ادعای صلاحیت رسیدگی نسبت به آن را داشته باشند. در موارد تنازع محاکم نسبت به صلاحیت حوزوی، ماده ۲۷ قانون اجراءات جزایی موقت برای محاکم، اجراءات خاصی را برای تعیین و تشخیص محکمه ذیصلاح تنظیم نموده است. در موردی که تنازع صلاحیت میان محاکم یک ولایت ایجاد شده باشد، وفق ماده ۲۷ قانون مذکور محکمه ذیصلاح جهت حل و فصل اختلاف، محکمه استیناف ولایت خواهد بود (فقره ۱ ماده ۲۷ قانون اجراءات جزایی موقت برای محاکم). پروسه و جریان اجراءات مربوط برای صدور فیصله و اتخاذ تصمیم در این خصوص در فقره ۱ ماده ۳۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم معین شده است. مطابق این حکم، هیئتی مرکب از رؤسای دیوانها، تحت اثر رئیس محکمه استیناف به اتخاذ تصمیم در این خصوص خواهد پرداخت. در عین حال محکمه ذیصلاح جهت اتخاذ تصمیم درباره گرفتاری متهم همان محکمه استیناف است (فقره ۲ ماده ۳۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). در مواردی که یک تنازع صلاحیت حوزوی میان محاکم ولایات مختلف واقع می‌شود، ستره محکمه صلاحیت تصمیم‌گیری در خصوص آنرا وفق ماده ۲۷ قانون اجراءات جزایی موقت برای محاکم دارا خواهد بود (فقره ۲ ماده ۲۷). مطابق فقره ۳ ماده ۲۷ قانون مذکور صرف خود محاکم و خازنوال مربوطه صلاحیت درخواست اتخاذ تصمیم در خصوص تنازع صلاحیت حوزوی را دارند.

در ارتباط به اعمال جرمی اطفال^{۹۳} احکام خاصی وجود دارد. مطابق فقره ۱ ماده ۲۸ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال، محکمه اطفال دارای صلاحیت حوزوی برای تمام جرائم ارتكابی اطفال در حوزه جغرافیایی آن است، به این معنی که در تمام ولایات، نظر به فقره ۱ ماده ۲۶ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال، هر ولایت صرف دارای یک محکمه اطفال خواهد بود. در موردی که محل وقوع جرم مطابق فقره ۲ ماده ۲۸ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال قابل تعیین نباشد، محکمه‌ای که طفل در حوزه آن اقامت دارد، صلاحیت رسیدگی خواهد داشت. در صورتی که محل اقامت طفل را نیز نتوان با اطمینان مشخص کرد، محکمه‌ای که طفل در حوزه آن دستگیر یا توقیف شده است صلاحیت خواهد داشت (فقره ۲ ماده ۲۸).

درباره تعارض صلاحیت بین چند محکمه اطفال در قانون رسیدگی به تخلفات اطفال حکمی در ارتباط به تضامیم مربوط به چگونگی حل و فصل تنازع در صلاحیت محاکم اطفال وجود ندارد. با این حال، ممکن است امکان استفاده از قیاس^{۹۴} با ماده ۲۷ قانون اجراءات جزایی موقت برای محاکم وجود داشته باشد. شرایط توسل به قیاس در متدلوژی و اسلوب حقوق عبارتند از:

- وجود یک خلاء در قانون که به نحو عمدی ایجاد نشده است.
- قابلیت مقایسه میان موضوعات مختلف.

هر دو شرط مذکور در فوق در قضیه حاضر وجود دارند. اول آنکه بسیار غیر محتمل است که قانون گذار این خلاء را عمداً ایجاد کرده باشد. در واقع ماده ۶۴ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال صراحتاً حکم می‌کند در صورتی که حکمی در مورد رسیدگی به قضایای اطفال در آن قانون پیش بینی نگردیده باشد، موضوع مطابق احکام قوانین نافذه مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. این دستور قانون دعوت آشکاری به استفاده از قیاس در مواردی است که در قانون رسیدگی به تخلفات اطفال حکمی وجود نداشته باشد، صرفنظر از آنکه معنای اصطلاح «قوانین نافذه» روشن و واضح نیست. فراتر از این مسایل و مشکلات

^{۹۳} همانگونه که ذکر گردید در حقوق افغانستان (فقره ۱ ماده ۴ قانون رسیدگی به

تخلفات اطفال) طفل شخصی است که سن هجده سالگی را تکمیل نکرده باشد.

^{۹۴} منظور از قیاس آن است که حکم قضیه‌ای را که درباره آن قانونی تنظیم شده

است به قضیه‌ای دیگر که قانون درباره آن حکمی ندارد، تسری دهیم.

مربوط به صلاحیت‌های رسیدگی که توسط ماده ۲۷ قانون اجراءات جزایی موقت برای محاکم تنظیم و ترتیب شده است بسیار مشابه موارد تنازع صلاحیت میان محاکم مختلف رسیدگی به جرائم اطفال است. در واقع، محاکم ذیصلاح برای رسیدگی استینافی نسبت به فیصله محاکم اطفال مشابه همان مواردی است که درباره محاکم عادی مطرح شد، یعنی محاکم استیناف و ستره محکمه. (مراجعه کنید به ماده ۴۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). بنابراین یک قیاس با استفاده از فقره ۲ ماده ۲۷ قانون اجراءات جزایی موقت برای محاکم در مواردی که تنازع صلاحیت حوزوی میان محاکم مختلف اطفال به وجود بیاید، امکان پذیر است. از آنجا که محاکم مختلف اطفال ضرورتاً در ولایات متفاوت مستقر می‌باشند، به صورت عادی ستره محکمه مرجع ذیصلاح جهت حل و فصل تنازع صلاحیت آنها خواهد بود.

۲-۲. رسیدگی‌های مدنی

- صلاحیت موضوعی یا ماهوی (متنی)

مطابق ماده ۴۸ ق.ت.ص.م.ا. صلاحیت عام رسیدگی به قضایای مدنی و مربوط به احوال شخصیه با محاکم ابتدائیه ولسوالی است. صرف نظر از امکان رسیدگی به دعاوی مدنی در محاکم افغانستان، امکان توسل به یک روش جایگزین حل و فصل اختلافات در بخش ریاست حقوق وزارت عدلیه که دارای شعبه در سرتاسر کشور می‌باشد، نیز وجود دارد. در صورتی که حصول به سازش و حل و فصل قضیه میان طرفین دعوی در ریاست مذکور امکان پذیر نباشد، آن قضیه به صورت خود به خود (اتوماتیک) به محاکم مدنی فرستاده می‌شود (ماده ۱۷ قانون اجراءات مدنی).

در رسیدگی‌های جزایی، چگونگی توزیع صلاحیت میان محاکم ابتدائیه ولسوالی و محاکم ابتدائیه مراکز ولایات یعنی رابطه میان مواد ۴۸ و ۴۲ ق.ت.ص.م.ا. قابل بررسی است. با وجود این، استدلالهای ناظر به صلاحیت همزمان در قضایای مشمول صلاحیت عام محاکم، استدلال غالب و پذیرفتنی است. فقره ۲ ماده ۴۲ ق.ت.ص.م.ا. صلاحیت دیوانهای مدنی را برای رسیدگی به «دعاوی مدنی بین اشخاص حقیقی» اعلام نموده است. اگر ماده ۴۲ ق.ت.ص.م.ا. بیانگر صلاحیت‌های انحصاری محاکم ابتدائیه مراکز ولایات و به حیث استثنایی بر قاعده کلی مذکور در ماده ۴۸ ق.ت.ص.م.ا. بود، این امر منجر به این نتیجه می‌شد که صلاحیت رسیدگی عام در حقوق خصوصی صرف بر عهده محاکم ابتدائیه

ولسوالی قرار می‌گرفت مگر در قضایایی که طرفین دعوی اشخاص حقیقی بوده باشند که در این صورت محاکم ابتدائیه مراکز ولایات دارای صلاحیت انحصاری می‌توانستند باشند. چنین استنباطی غیر منطقی خواهد بود، زیرا در نتیجه آن صرف قضایای ناظر بر اختلاف اشخاص حکمی تحت صلاحیت محاکم ابتدائیه ولسوالی قرار می‌گرفت. اگرچه این قضایا معمولاً پیچیده‌تر از قضایای مربوط به اختلاف اشخاص حقیقی بوده و محاکم ابتدائیه ولسوالی دارای قضات کار آزموده نبوده و بنابراین کمتر از محاکم ابتدائیه مراکز ولایات مستعد و مجهز به رسیدگی به قضایای پیچیده تر هستند. به علاوه، به نظر می‌رسد که اشخاص حکمی بیشتر از آنکه در مناطق روستایی که تحت صلاحیت محاکم ابتدائیه ولسوالی است مستقر باشند، در مناطق شهری که محاکم ابتدائیه مراکز ولایات در آنجا مستقر می‌باشند، قرار دارند. در نتیجه، چنین حکمی دچار تناقض خواهد بود. با توجه به اطلاعات مأخوذ از مصاحبه با حقوقدانان افغان،^{۹۵} تفسیر فقره ۲ ماده ۴۲ ق.ت.ص.م.ا. به حیث حکمی ناظر به توزیع صلاحیت‌ها میان دیوانهای مختلف محاکم ابتدائیه مراکز ولایات، بیشتر قناعت بخش است. در نتیجه، همانطور که در رابطه با قضایای جزایی در صفحات قبل شرح داده شد، محاکم ابتدائیه مراکز ولایات همراه با محاکم ابتدائیه ولسوالی دارای صلاحیت عام مذکور در ماده ۴۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم می‌باشند. این امر به معنای آن است که صلاحیت رسیدگی به یک قضیه مدنی حسب احکام مربوط به صلاحیت حوزوی، یا تحت صلاحیت محکمه ابتدائیه مرکز ولایت خواهد بود و یا تحت صلاحیت محکمه ابتدائیه ولسوالی. اگر مطابق این احکام، محکمه ابتدائیه مرکز ولایت صلاحیت رسیدگی به قضیه را داشته باشد، در نتیجه ماده ۴۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم حکمی موثر برای توزیع صلاحیت میان دیوانهای مختلف محاکم می‌باشد.

- صلاحیت حوزوی

قانون اصول محاکمات مدنی به تنظیم صلاحیت حوزوی در امور مدنی می‌پردازد. مطابق فقره ۱ ماده ۸۱ قانون مذکور محکمه در محلی که مدعی علیه سکونت دارد صلاحیت رسیدگی به قضیه را دارد. فقره ۲ همان ماده حکم می‌کند که هرگاه مدعی علیه محل‌های

^{۹۵} در این خصوص مایلم از حقوقدان ارجمند آقای غلام حیدر علامه (در کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان) و آقای جمشید نیکجو از پوهنتون هرات به خاطر اطلاعات بسیار ارزشمندشان تشکر نمایم.

سکونت متعدد داشته باشد، دعوی مدنی علیه وی در محکمه رسیدگی می‌شود که مدعی علیه حین استدعا در حوزه قضایی آن سکونت داشته باشد. این احکام، احکام کلی تنظیم کننده صلاحیت حوزوی در قضایای مدنی می‌باشند. با این حال، شرایط و اوضاع و احوالی وجود دارند که به موجب آنها قواعد و مقررات خاصی ممکن است اعمال گردند.

به حیث مثال اگر مدعی علیه کارمند دولت به شمول اعضای نیروهای عسکری باشد، محکمه مستقر در محل اشتغال او باید صلاحیت رسیدگی به قضیه را داشته باشد (ماده ۸۶ قانون اصول محاکمات مدنی). اگر مدعی علیه حداقل یک سال را در محل اقامت مدعی سپری کرده باشد، محکمه‌ای که مدعی در محل تحت صلاحیت آن اقامت دارد، صلاحیت رسیدگی به قضیه را دارد.

در دعاوی مرتبط با قراردادهای شغلی یک تاجر یا پیشه‌وری که مدعی علیه باشد هم محکمه محل تجارت پیشه و یا محکمه محل سکونت اصلی وی صلاحیت دارد (ماده ۹۰ قانون اصول محاکمات مدنی).

مطابق ماده ۸۲ قانون اصول محاکمات مدنی، در صورتی که زن شوهر دار مدعی علیه باشد، رسیدگی دعوی از صلاحیت محکمه محل اقامت شوهر می‌باشد. مطابق ماده ۸۳ در صورتی که دختر حایز سن ازدواج یا دارای اهلیت حقوقی کامل مدعی علیه باشد رسیدگی دعوی از صلاحیت محکمه محل اقامت پدر و یا محارم شرعی می‌باشد که متکفل اعاشه و پرورش وی است. هر دو حکم مذکور پرسش برانگیز و قابل بحث می‌باشد. مطابق ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان زنان و مردان در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی می‌باشند. بنابراین، قابل فهم نیست که چرا احکام خاصی برای زنان که متفاوت از قاعده کلی مذکور در ماده ۸۱ قانون اصول محاکمات مدنی است ایجاد گردیده و صلاحیت رسیدگی به قضایایی که یک زن طرف آن است را به محل اقامت مرد فامیل او پیوند زده است، به گونه‌ای که گویی زن، خود دارای صلاحیت و توانایی لازم جهت حضور در محکمه نمی‌باشد.

باید مورد تاکید قرار داد که دسترسی به محکمه حقی است که به نحو مساوی برای زنان و مردان مقرر شده است. ایجاد تمایز میان زنان و مردان بر اساس جنسیت در جهت دسترسی به محاکم، هم مناقض ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان و ماده ۱۴ ق.ت.ص.م.ا. است و هم مناقض تعهدات بین المللی افغانستان از جمله تعهدات آن کشور مذکور در ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی. بنابراین، قابل توصیه به نظر می‌رسد که مواد ۸۲ و ۸۳

قانون اصول محاکمات مدتی ملغی گردد و از قاعده کلی صلاحیت مذکور در ماده ۸۱ آن قانون پیروی شود. در عین حال اگر قضات با این احکام روبرو شده باشند، مطابق ماده ۱۲۱ قانون اساسی می‌توانند از ستره محکمه تقاضای بررسی نمایند تا اقدام به لغو قانون مورد بحث گردد.

اگر مدعی علیه فاقد یا ناقص اهلیت باشد، محکمه‌ای که محل اقامت ولی، وصی یا قیم در حوزه آن می‌باشد، صلاحیت رسیدگی را دارد (ماده ۸۴ قانون اصول محاکمات مدنی)، اقامتگاه قائم مقام قانونی محجور، مفقود و غایبی که مدعی علیه باشند، معیار تعیین صلاحیت رسیدگی محکمه است (ماده ۸۵).

احکام تنظیم کننده دیگری جهت قضایای خاص نیز وجود دارند. با این حال، از آنجا که محاکمات مدنی عنوان اصلی درس حاضر نمی‌باشد، از خوانندگان تقاضا می‌شود که لطفاً به مواد ۷۹ تا ۱۹۹ قانون اصول محاکمات مدنی جهت اطلاع بیشتر مراجعه نمایند.

۲-۳. رسیدگی‌های تجارتي

- صلاحیت موضوعی یا ماهوی (متنی)

مطابق فقره ۱ ماده ۴۵ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم در مرکز هر ولایت یک محکمه ابتدائیه تجارتي ایجاد می‌گردد. مطابق حکم ماده ۴۶ قانون مذکور، این محاکم دارای صلاحیت انحصاری رسیدگی به قضایای تجارتي می‌باشند. این حکم در ماده ۱ قانون اصول محاکمات تجارتي نیز تکرار شده است. به عنوان یک خصوصیت خاص در (حقوق) افغانستان، رسیدگی محکمه تجارتي در قانون جداگانه‌ای تدوین شده و از قانون اصول محاکمات مدنی عادی متفاوت است؛ امری که احتمالاً با توجه به مطالب قبلی، به علت صلاحیت رسیدگی «پنچات» که متفاوت از رسیدگی شرعی در محاکم عادی بوده است، می‌باشد.

در صورتی که محکمه تجارتي هنوز در یک ولایت خاص ایجاد نشده باشد، مطابق فقره ۲ ماده ۴۵ دیوان مدنی محکمه ابتدائیه مرکز ولایت صلاحیت رسیدگی به قضیه را دارد.

- صلاحیت حوزوی

صلاحیت حوزوی محاکم تجارتي در قانون اصول محاکمات تجارتي مقرر شده است. مطابق ماده ۶ قانون مذکور محکمه‌ای که اقامتگاه قانونی مدعی علیه در حوزه قضایی آن واقع باشد، صلاحیت رسیدگی به قضیه را دارد. برای مطالعه شرایط و موارد خاص لطفاً به مواد ۶ الی ۱۵ این قانون مراجعه کنید.

۲-۴. رسیدگی به قضایای مربوط به حقوق عامه

در قوانین افغانستان و نیز در دکترین حقوقی آن کشور توضیحی راجع به این که چه قضایایی از جمله قضایای حقوق عامه در این کشور به شمار می‌روند، وجود ندارد. به طور کلی، می‌توان گفت که قضایای مربوط به حقوق عامه، قضایایی هستند که حداقل یکی از طرفین درگیر در آنها قدرت عمومی است و بر اساس ظرفیت و صلاحیت خاص عمومی خود عمل نموده است. استثنای بر این نظر، قضایایی است که قدرت عمومی در فعالیتها تجارتي اشتراک نموده و هیچ مقرر ذیربطی که انحصاراً بر قدرت عمومی متمرکز شده باشد، وجود نداشته باشد. در ارتباط به قضایای مربوط به حقوق عامه، مقررات حقوق افغانستان مبهم و غیر واضح است. ماده ۱۲۰ قانون اساسی افغانستان و ماده ۳ ق.ت.ص.م.ا. مقرر می‌نمایند که محاکم صلاحیت رسیدگی کلیه دعاوی که از طرف اشخاص حقیقی یا حکمی به شمول دولت بحیث مدعی یا مدعی علیه مطرح می‌شود را مطابق به احکام قانون دارند. اگرچه مقررات مذکور بیانگر صلاحیت محاکم برای رسیدگی به دعاوی که دولت شامل آن است نیز می‌شود، لیکن اینکه کدام محکمه و دیوان در حال حاضر صلاحیت رسیدگی به قضیه را دارد، روشن و واضح نیست. متقاعد کننده‌ترین راه حل آن است که برای رسیدگی ابتدایی دیوان حقوق عامه از محاکم ابتدائیه مراکز ولایات^{۹۶} و برای رسیدگی استینافی دیوان حقوق عامه از محکمه استیناف^{۹۷} و دیوان حقوق مدنی و عامه از ستره محکمه^{۹۸} برای رسیدگی نهایی، ارگانهای ذیصلاح باشند. ماده ۴۶ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم صلاحیت انحصاری محکمه ابتدائیه مرکز ولایت برای رسیدگی به قضایای مرتبط به حقوق عامه را اعلام می‌کند. ماده ۴۲ قانون مذکور حکم می‌نماید که دیوان حقوق عامه محاکم مذکور صلاحیت بررسی قضایای مدنی میان اشخاص حقیقی و

^{۹۶} شماره ۳ جزء ۱ ماده ۴۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

^{۹۷} شماره ۴ جزء ۱ ماده ۴۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

^{۹۸} شماره ۲ جزء ۱ ماده ۴۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

حکمی یا میان اشخاص حکمی را دارد. عبارات این حکم این شک و تردید را ایجاد می‌کند که آیا دعاوی مطروحه علیه دولت نیز تحت شمول این مقرر می‌باشند یا نه؛ خصوصاً آنکه برخلاف ماده ۴۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم عبارت ماده ۱۲۰ قانون اساسی افغانستان و ماده ۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم که تعیین کننده حوزه صلاحیت قوه قضاییه می‌باشد، صریحاً شامل دعاوی علیه دولت نیز است. بنابراین، یکی از نهادهای مذکور در قانون باید صلاحیت رسیدگی به قضایای ذیربط را داشته باشد. مناسب‌ترین نهاد در این خصوص، دیوان حقوق عامه خواهد بود، زیرا قبل از همه، اصطلاح «حقوق عامه» دلالت بر دعاوی مربوط به مدیریت اداری (دولت) دارد. دوم آنکه قانون سابق تشکیلات و صلاحیت محاکم مصوب ۱۹۶۷ پیش بینی نموده بود که دیوان حقوق عامه^{۹۹} صلاحیت رسیدگی به دعاوی علیه دولت را بر عهده دارد. بنابراین نشانه‌ها و دلایل قوی حاکی از آن است که وظیفه دیوانهای حقوق عامه اساساً تغییر نکرده و به عبارت دیگر همان رسیدگی به دعاوی علیه دولت است. این نتیجه استنباط حقوقدانان افغانی که طرف مشوره نویسنده بودند و نیز استنباط غالب استادان اشتراک کننده در برنامه آموزشی انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق عامه و حقوق بین المللی نیز بوده است.

۳. قطعیت تصامیم محاکم ابتدائیه

مطابق ماده ۵۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، احکام محاکم ابتدائیه در موارد آتی قطعی می‌باشد:

- در قضایای مدنی در صورتی که طرفین دعوی به حکم صادره قناعت داشته و یا آنکه ارزش مدعی بها (آنچه که مدعی تقاضا کرده است) الی یکصد هزار افغانی باشد.
 - در کلیه رسیدگی‌ها، صرف نظر از ماهیت آنها، در صورت انتضای میعاد استیناف طلبی.
 - در قضایای جزایی اگر متهم محکوم به مجازات نقدی الی پنجاه هزار افغانی شده باشد.
- اگر هیچکدام از موارد بالا محقق نشده باشد و قانون از طریق دیگری حکم صادره را قطعی اعلام نکرده باشد، می‌توان از آن حکم به محکمه استیناف، اعتراض نمود.

^{۹۹} فقره ۳ ماده ۱۹ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۹۶۷) برای دیوانهای محکمه عالی تمیز، ماده ۳۶ ب قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۹۶۷) برای محکمه عالی استیناف مرکزی و ماده ۴۴ س قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۹۶۷) برای محاکم ولایات.

گفتار دوم: محاکم استیناف

الف) احکام ذیربط

ماده ۳۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

۱. محکمه استیناف در سطح هر ولایت کشور طبق احکام این قانون ایجاد می‌گردد.
۲. محکمه استیناف مرکب از رئیس، رؤسای دیوانها و اعضای قضائی می‌باشد. رئیس محکمه استیناف از میان قضائی تعیین می‌گردد که دارای اهلیت، تجربه و درایت کامل باشد.
۳. رئیس دیوان جزای عمومی معاون ریاست محکمه استیناف می‌باشد.

ماده ۳۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

۱. محاکم استیناف دارای دیوان‌های آتی می‌باشد:
۲. دیوان جزای عمومی.
۳. دیوان امنیت عامه.
۴. دیوان مدنی و احوال شخصیه.
۵. دیوان حقوق عامه.
۶. دیوان تجارتي.
۷. دیوان اطفال
۸. تعداد اعضای قضائی در هر دیوان محکمه استیناف از شش نفر بیشتر بوده نمی‌تواند.
۹. قضایای ترافیکی را دیوان جزای عمومی استیناف رسیدگی می‌نماید.
۱۰. ستره محکمه می‌تواند عندالضرورت دیوان‌های دیگری را در چوکات محاکم استیناف بعد از منظوری رئیس جمهور ایجاد نماید.

ماده ۳۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

۱. محکمه استیناف فیصله‌ها و قرارهای محاکم تحتانی را که مورد اعتراض قرار گرفته، در احوال و ترتیبی که در این قانون و قوانین مربوط تصریح گردیده، در مرحله استینافی رسیدگی می‌نماید.
۲. محکمه استیناف حین رسیدگی قضایای مندرج فقره (۱) این ماده، تمام حالات و کوائف دعوی را مجدداً تحت غور قرار داده، فیصله‌ها و قرارهای محاکم تحتانی را می‌تواند طبق احکام قانون تصحیح، نقض، تعدیل، تأیید یا لغو نماید.

ماده ۳۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

۱. هرگاه در مورد صلاحیت رسیدگی یک قضیه جزائی بین دو محکمه که در حوزه قضائی محکمه استیناف قرار دارند، اختلاف بروز نماید، حل اختلاف و تشخیص محکمه ذیصلاح توسط هیئتی مرکب از رؤسای دیوان‌ها، تحت اثر رئیس محکمه استیناف صورت می‌گیرد.
۲. تعیین سرنوشت متهم تحت توقیف در حالت مندرج فقره (۱) این ماده از صلاحیت محکمه استیناف می‌باشد.

ماده ۳۵ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

فیصله‌ها و قرارهای محاکم استیناف در تمام قضایای شامل صلاحیت قطعی می‌باشد.

ماده ۳۶ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

رئیس محکمه استیناف دارای وظایف و صلاحیت‌های آتی می‌باشد:

۱. رهبری و تنظیم فعالیت محاکم و دیوان‌های مربوط.
۲. ریاست جلسات قضایی دیوان‌ها عندالاقضاء.
۳. توظیف مؤقت عضو یک دیوان به دیوان دیگر.
۴. توظیف یکی از قضات محکمه استیناف به محاکم ابتدائیه در صورت ضرورت.
۵. تفویض صلاحیت رسیدگی قضیه از یک دیوان به دیوان دیگر عندالاقضاء.
۶. توحید تجارب قضائی دیوانهای مربوط.
۷. ارائه گزارش از فعالیت محاکم و دیوان‌های مربوط به ستره محکمه.

ماده ۳۷ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

رؤسای دیوان‌های محکمه استیناف جلسه دیوان‌های مربوطه را رهبری می‌نمایند. در صورتیکه رئیس محکمه استیناف، جلسه قضائی دیوان را رهبری نماید، در این حالت رئیس دیوان، عضو دیوان مربوط پنداشته می‌شود.

ماده ۳۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

رئیس محکمه استیناف، رؤسای دیوان‌ها و قضات آن از کیفیت، میعاد رسیدگی قضایا، صحت تطبیق قانون، مدلل بودن فیصله‌ها و قرارهای صادره خویش مسئولیت دارند.

ماده ۳۹ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

ریاست محکمه استیناف و دیوان‌های مربوط دارای کارکنان و شعبات اداری می‌باشند که وظایف و طرز فعالیت‌شان در لوایح جداگانه تنظیم می‌گردد.

ب) تبصره پیرامون محاکم استیناف

۱. تشکیلات

فقره ۱ ماده ۳۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم ناظر به ایجاد محکمه استیناف در سطح هر ولایت کشور است. به موجب فقره ۱ ماده ۳۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، این محاکم متشکل از دیوانهای ذیل می‌باشند:

- دیوان جزای عمومی
- دیوان امنیت عامه
- دیوان مدنی و احوال شخصیه
- دیوان حقوق عامه
- دیوان تجارتنی
- دیوان اطفال

مطابق فقره ۳ ماده ۳۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، ستره محکمه می‌تواند در صورت ضرورت، دیوانهای دیگری را در چوکات محاکم استیناف بعد از منظوری رئیس جمهور ایجاد نماید. این امر در خصوص ایجاد دیوان استینافی برای جرائم مرتبط با مواد مخدر محقق شده است که دیوان مربوطه آن در محکمه استیناف ولایت کابل مستقر گردید. (ماده ۳۴ قانون مبارزه علیه مواد مخدر).

تعداد اعضای قضایی هر دیوان نباید از شش نفر بیشتر باشد (فقره ۲ ماده ۳۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). در سطح استینافی، حداقل ۳ قاضی باید در رسیدگی به قضایا در محاکمه اشتراک ورزند (فقره ۲ ماده ۶ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). محاکم استیناف مرکب از رئیس محکمه، رؤسای دیوانهای مختلف و سایر اعضای قضایی است (فقره ۲ ماده ۳۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم).

وظایف رئیس محکمه استیناف در ماده ۳۶ قانون تشکیل و صلاحیت محاکم بیان شده است. به موجب این حکم، او موظف است به :

- رهبری و تنظیم فعالیت محاکم و دیوان‌های مربوط.
- ریاست جلسات قضایی دیوان‌ها عندالاجتضاء.
- توظیف موقت عضو یک دیوان به دیوان دیگر.
- توظیف یکی از قضات محکمه استیناف به محاکم ابتدائیه در صورت ضرورت.
- تفویض صلاحیت رسیدگی قضیه از یک دیوان به دیوان دیگر عندالاجتضاء.
- توحید تجارب قضایی دیوانهای مربوط.
- ارائه گزارش از فعالیت محاکم و دیوانهای مربوط به ستره محکمه.

اختیارات رئیس محکمه استیناف بسیار زیاد است. در نتیجه، ممکن است این اختیارات وسیع در تعارض با استقلال قضایی فردی قضات قرار گیرد؛ مشکلی که در صفحات بعد مورد بحث قرار خواهد گرفت.^{۱۰۰} به علاوه، منظور فقره ۶ ماده ۳۶ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، که وظیفه توحید «تجارب قضایی» دیوانهای مربوطه را در اختیار ریاست محکمه استیناف قرار می‌دهد، قابل بحث است. یک هدف محتمل از فقره مذکور ممکن است این باشد که وی اقدام به ایجاد رویه واحد نسبت به یک قضیه مشخص میان تمام دیوانهای ذیل محکمه استیناف مربوط به خود نماید. با این حال، این نکته قابل بحث و مناقشه است که چگونه رئیس محکمه استیناف می‌تواند اقدام به ایجاد رویه واحد بدون نقض استقلال فردی سایر قضات کند. تنها روش قابل قبول، در راستای حفظ استقلال قضایی فردی سایر اعضای محکمه، آن است که اعضای محکمه را جهت اتخاذ تصمیم راجع به یک موضوع بر مبنای رأی اکثریت دعوت نماید.

۲. صلاحیت رسیدگی

مطابق فقره ۱ ماده ۳۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، استیناف صلاحیت رسیدگی به احکام و قرارهای محاکم تحتانی را که مورد اعتراض قرار گرفته است، دارند. محاکم استیناف حین رسیدگی به این قضایا باید تمام حالات و کوائف دعوی را مجدداً تحت غور قرار داده، می‌توانند فیصله‌ها و قرارهای محاکم تحتانی را طبق احکام قانون تصحیح، نقض، تعدیل، تأیید یا لغو نمایند. (فقره ۲ ماده ۳۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم).

^{۱۰۰} مراجعه کنید به فصل سوم، گفتار یکم، ۲، استقلال فردی قضات.

دیوانهای ذیربط محاکم استیناف صلاحیت بررسی قضایایی که در حوزه تحت صلاحیت آنها مورد اعتراض قرار گرفته است را دارند. به حیث مثال دیوان جزای عمومی صلاحیت بررسی قضایای جزایی، دیوان تجارتی صلاحیت بررسی قضایای تجارتی و به همین ترتیب دیوانهای دیگر صلاحیت بررسی قضایای مربوطه و خاص خود را دارا می‌باشند. دیوان جزای عمومی صلاحیت رسیدگی به قضایای ترافیکی را نیز دارد (فقره ۳ ماده ۳۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). شرایط ضروری برای استیناف طلبی در قوانین شکلی مربوط پیش بینی شده است. برای مطالعه و ملاحظه محدودیت‌های مشکل آفرین در ارتباط به حق استیناف به مطالب بعدی مراجعه نمایید.

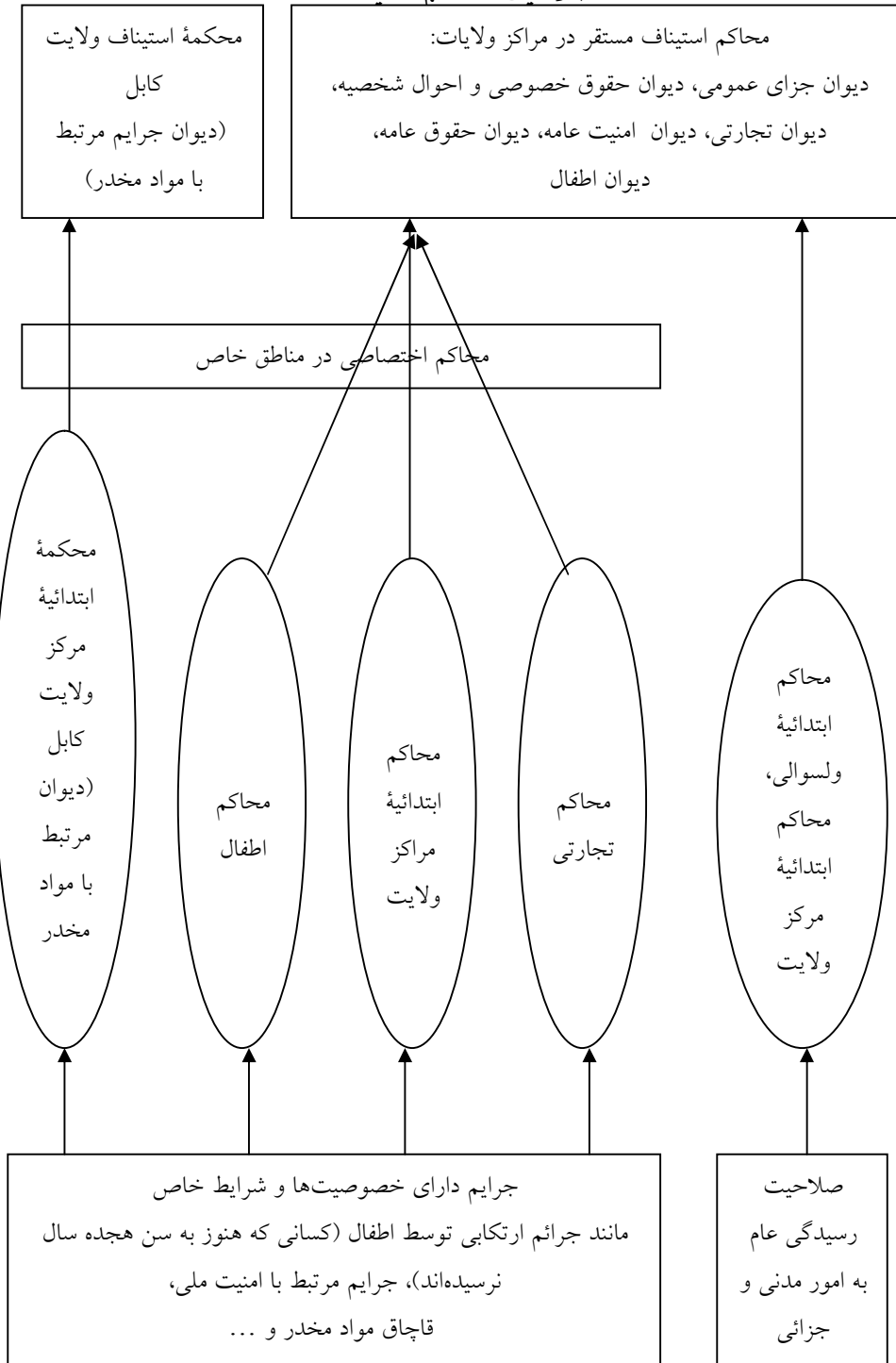
مطابق ماده ۳۵ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، فیصله‌ها و قرارهای محاکم استیناف در تمام قضایای شامل صلاحیت، قطعی می‌باشد. معنا و مفهوم این حکم روشن و واضح نیست، زیرا آشکار است که امکان استیناف طلبی دوم نیز در یکی از دیوانهای ستره محکمه وجود دارد (مراجعه کنید به ماده ۲۶ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). مطابق نظر یکی از خبرگان حقوق افغانستان، استیناف طلبی از جهت عدم رعایت قانون (نقض شکلی قانون) نزد ستره محکمه، به حیث یک اقدام اصلاحی استثنایی است، به این معنا که احکام محاکم استیناف اصولاً قطعی است جز آنکه احکام قطعی محکمه استیناف توسط ستره محکمه در جریان رسیدگی به آن از جهت عدم رعایت موازین شکلی قانون نقض گردد. ماهیت اقدامات اصلاحی استثنایی آن است که می‌توان علیه تصامیم قطعی استیناف طلبی نمود، درحالی که تقاضای رسیدگی اصلاحی عادی صرف در صورتی امکان پذیر است که یک تصمیم هنوز قطعی نشده باشد. بنابراین، نظر به ضرورت رعایت مصلحت قاطع بودن تصامیم اتخاذی و قطعیت حقوقی، تقاضای رسیدگی اصلاحی عادی صرف در طول مدت زمانی معین و ثابتی قابل ارائه است و همین که این مدت زمانی منقضی شد، مثلاً مدت بیست روز برای اعتراض به احکام صادره راجع به قضایای جزایی (فقره ۳ ماده ۳۶ قانون اجراءات جزایی موقت برای محاکم)، حکم صادره قطعی می‌گردد. در ارتباط به رسیدگی‌های اصلاحی استثنایی، چنین محدوده زمانی ضرورتی نداشته، دارای فایده‌ای نیز نخواهد بود، زیرا حکم صادره هم اکنون قطعی می‌باشد. اصولاً اینگونه رسیدگی‌های اصلاحی با هدف نقض تصامیم و احکام قطعی در شرایط و قضایای استثنایی به منظور تأمین عدالت صورت می‌گیرند، و به حیث استثنایی بر قاعده قطعی بودن تصامیم اتخاذی و قاعده قاطع بودن حکم تلقی می‌شوند. نمونه‌هایی از چنین قضایای استثنایی شامل

رسیدگی‌های جزایی بوده و در صورتی است که دلایل و مدارک مکشوفه جدیدی حاکی از برائت و بی‌گناهی محکوم باشد (ماده ۸۱ قانون اجراءات جزایی موقت برای محاکم). همان‌گونه که این مثال نشان می‌دهد، ایجاد محدودیت زمانی برای رسیدگی به اینگونه موارد، بی‌معنا است. استیناف طلبی دوم (فرجام خواهی) نزد دیوان‌های ستره محکمه محدود به زمان معینی است، به حیث مثال مدت سی روز برای قضایای جزائی (ماده ۷۱ قانون اجراءات جزایی موقت برای محاکم). ایجاد این محدوده زمانی برای آن است که استیناف طلبی مجدد (دوم) امری عادی و معمول است نه استثنایی.

بنابراین، برای ماده ۳۵ ق.ت.ص.م.ا. باید توضیح دیگری وجود داشته باشد. در یک تفسیر نظام مند (سیستماتیک) می‌توان استدلال نمود که ماده ۳۵ ق.ت.ص.م.ا. تنها مرتبط با ماده ۳۴ ق.ت.ص.م.ا. می‌باشد، به این معنا که ماده ۳۵ ق.ت.ص.م.ا. به نحو نزدیکی مرتبط با تصامیم محکمه استیناف راجع به موضوعات مربوط به صلاحیت است. دلایل متعدد دیگری وجود دارد که چنین استنباطی را تقویت می‌کند. نخست آنکه، ماده ۳۵ ق.ت.ص.م.ا. مستقیماً بعد از ماده مذکور که بیانگر تصامیم راجع به صلاحیت‌ها است، قرار دارد. دوم آنکه، نظر به مسائل مربوط به صلاحیت‌ها، مصلحت ایجاب می‌کند که تصامیم سریع و بدون وقفه اتخاذ گردد، زیرا هر دو طرف دعوی یا حسب مورد متهم در دعاوی جزایی منتظر برگزاری محاکمه می‌باشند. به علاوه، امکان انجام یک رسیدگی استینافی به اندازه اتخاذ تصامیم متنی (ماهوی) در ماهیت قضایا اهمیت ندارد، زیرا صدور حکم راجع به صلاحیت‌ها ضرورتاً تأثیری بر نتیجه محاکمه نخواهد داشت.

بنابراین، طرح اعتراض در ستره محکمه، در مواردی که محکمه استیناف وفق ماده ۳۴ ق.ت.ص.م.ا. راجع به صلاحیت اتخاذ تصمیم نموده باشد، مجاز نیست. از آنجا که تفصیل مباحث مربوط به اعتراض از جهت رعایت قانون (رسیدگی شکلی) بیشتر از جمله مباحث مربوط به اصول محاکمات جزائی است تا تشکیلات و صلاحیت محاکم، از خوانندگان محترم تقاضا می‌شود لطفاً به منابع مرتبط جهت مطالعه تفصیلی آن مراجعه نمایند.

صلاحیت محاکم استیناف



گفتار سوم: ستره محکمه

الف) احکام ذیربط

ماده ۱۱۶ قانون اساسی افغانستان

قوه قضائیه رکن مستقل دولت جمهوری اسلامی افغانستان می‌باشد. قوه قضائیه مرکب است از یک ستره محکمه، محاکم استیناف و محاکم ابتدائیه که تشکیلات و صلاحیت آنها توسط قانون تنظیم می‌گردد. ستره محکمه به حیث عالیترین ارگان قضایی در راس قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان قرار دارد.

ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان

بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین الدول و میثاق‌های بین‌المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه می‌باشد.

ماده ۱۲۲ قانون اساسی افغانستان

هیچ قانون نمی‌تواند در هیچ حالت قضیه یا ساحه‌ای را از دایره صلاحیت قوه قضائیه به نحوی که در این فصل تحدید شده خارج بسازد و به مقام دیگر تفویض کند. این حکم مانع تشکیل محاکم خاص مندرج مواد شصت و نهم، هفتاد و هشتم و یکصد و بیست و هفتم این قانون اساسی و محاکم عسکری در قضایای مربوط به آن نمی‌گردد. تشکیل و صلاحیت این نوع محاکم توسط قانون تنظیم می‌شود.

ماده ۱۲۳ قانون اساسی افغانستان

با رعایت احکام این قانون اساسی، قواعد مربوط به تشکیل، صلاحیت و اجراءات محاکم و امور مربوط به قضات توسط قانون تنظیم می‌گردد.

ماده ۱۳۲ قانون اساسی افغانستان

قضات به پیشنهاد ستره محکمه و منظوری رئیس جمهور تعیین می‌گردند. تقرر، تبدل، ترفیع، مؤاخذه و پیشنهاد تقاعد قضات مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه می‌باشد. ستره محکمه به منظور تنظیم بهتر امور اجرایی و قضایی و تامین اصلاحات لازم، آمریت عمومی اداری قوه قضائیه را تاسیس می‌نماید.

ماده ۱۳۳ قانون اساسی افغانستان

هرگاه قاضی به ارتکاب جنایت متهم شود، ستره محکمه مطابق به احکام قانون به حالت قاضی رسیدگی نموده، پس از استماع دفاع او، در صورتیکه ستره محکمه اتهام را وارد بداند پیشنهاد عزلش را به رئیس جمهور تقدیم و با منظوری آن از طرف رئیس جمهور، قاضی متهم از وظیفه معزول و مطابق به احکام قانون مجازات می‌شود.

ماده ۱۶ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

ستره محکمه به حیث عالی‌ترین ارگان قضائی کشور در رأس قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان قرار دارد.

ماده ۱۷ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

ستره محکمه مرکب از نه عضو بوده که با نظر داشت احکام مندرج مواد یکصد و هفدهم و یکصد و هجدهم قانون اساسی از طرف رئیس جمهور به تائید ولسی جرگه تعیین می‌گردند.

رئیس جمهور یکی از اعضاء را به حیث رئیس ستره محکمه تعیین می‌نماید.

ماده ۱۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

۱. ستره محکمه متشکل از دیوانهای ذیل می‌باشد:
۲. دیوان جزای عمومی.
۳. دیوان امنیت عامه.
۴. دیوان مدنی و حقوق عامه.

۵. دیوان تجارتنی
۶. ریاست هر یک از دیوانهای مندرج فقره (۱) این ماده را یکی از اعضای ستره محکمه که بالنوبه به انتخاب رئیس ستره محکمه برای مدت یک سال تعیین می‌شود، به عهده می‌گیرد.

ماده ۱۹ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

رؤسای دیوان‌های ستره محکمه دارای صلاحیت‌ها و وظایف ذیل می‌باشند:

۱. رهبری فعالیت دیوان مربوط.
۲. تدویر جلسات دیوان مربوط و ریاست از آن.
۳. تنظیم امور و توحید تجارب قضائی دیوان‌های مربوط و ارائه گزارش به ستره محکمه.

ماده ۲۰ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

ستره محکمه دارای مستشاران قضائی میباشد که تعداد مجموعی آنها از سی و شش نفر بیشتر بوده نمی‌تواند.

ماده ۲۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

مستشاران قضائی ستره محکمه از میان قضاتی تعیین می‌گردند که دارای اهلیت، کفایت و درایت کامل بوده و حداقل ده سال طور بالفعل خدمت قضائی را انجام داده باشند. توظیف مستشاران قضائی در دیوان‌ها از صلاحیت رئیس ستره محکمه می‌باشد.

ماده ۲۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

مستشاران قضائی، قضایای وارده را تحلیل و ارزیابی نموده، گزارش آنرا تهیه و غرض اتخاذ تصمیم به جلسه قضائی ارائه می‌نماید.

ماده ۲۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

۱. قوه قضائیه به منظور تنظیم بهتر امور اجرائی و قضائی، دارای آمریت عمومی اداری بوده که در رأس آن آمر عمومی قرار دارد.
۲. آمر عمومی اداری به پیشنهاد رئیس ستره محکمه و منظوری رئیس جمهور تعیین می‌گردد. آمر عمومی اداری در عین حال منشی و سخنگوی ستره محکمه بوده و دارای اوصاف ذیل باشد:

۳. سن وی حین تقرر از سی سال کمتر نباشد.
۴. دارای تحصیلات عالی بوده و در اداره تجربه کافی داشته باشد.
۵. دارای حسن سیرت و شهرت نیک باشد.
۶. از طرف محکمه به ارتکاب جرایم ضد بشری و جنایت یا حرمان از حقوق مدنی محکوم نشده باشد.
۷. ستره محکمه دارای شعبات مسلکی و اداری میباشد که در چوکات آمریت عمومی اداری قوه قضائیه فعالیت می نمایند. تشکیل و طرز فعالیت شعبات مسلکی و اداری ستره محکمه طبق مقرره‌های جداگانه تنظیم می گردد.
۸. آمریت عمومی اداری می تواند عندالضرورت شعبات دیگری را بعد از تائید ستره محکمه و منظوری رئیس جمهور ایجاد نماید.

ماده ۲۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

ستره محکمه در ساحة تفسیر قوانین و امور قضائی دارای وظایف و صلاحیت‌های ذیل می باشد:

۱. بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی و معاهدات بین الدول و میثاق‌های بین المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها بر اساس تقاضای حکومت یا محاکم طبق قانون.
۲. پیشنهاد طرح قانون در ساحة تنظیم امور قضائی به شورای ملی از طریق حکومت.
۳. تجدید نظر بر فیصله‌های محاکم به سبب ظهور دلایل جدید بر اساس اعتراض لوی خرنوال یا طرف دعوی، طبق احوال پیشبینی شده در قوانین مربوط.
۴. حل تنازع صلاحیت محاکم و تفویض صلاحیت رسیدگی قضیه از یک محکمه به محکمه دیگر بر اساس تقاضای لوی خرنوال یا طرف دعوی در حال موجودیت دلایل مؤجه.
۵. بررسی دلایل و اتخاذ تصمیم در مورد اعاده مجرمین به دولت خارجی مطابق به احکام قانون.
۶. بررسی دلایل اتهام و اتخاذ تصمیم در مورد تسلیم دهی تبعه کشور به دولت خارجی با رعایت حکم ماده بیست و هشتم قانون اساسی.
۷. تأمین وحدت رویه قضائی.
۸. اتخاذ تصمیم در مورد تخلفات جنائی و انتظامی قضات.
۹. بررسی استهدآت محاکم در امور قضائی و ارائه جواب به آن.

ماده ۲۵ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

۱. ستره محکمه در هر پانزده روز جلسه عادی را دایر می‌نماید. جلسات فوق العاده ستره محکمه بر اساس تقاضای رئیس ستره محکمه، پیشنهاد لوی خرنوال یا مطالبه یک ثلث اعضای آن دایر شده می‌تواند.
۲. نصاب جلسات ستره محکمه با حضور دو ثلث اعضای آن تکمیل می‌گردد، تصامیم به اکثریت آرای اعضای حاضر در جلسه اتخاذ می‌گردد مگر اینکه در این قانون توری دیگری پیشبینی گردیده باشد.
۳. لوی خرنوال و در غیاب وی معاون که به وی تفویض صلاحیت شده است، به ارتباط موضوعات جزائی در جلسات ستره محکمه اشتراک می‌نماید.
۴. در موارد مندرج اجزای (۱، ۲، ۳، ۴، ۵، ۶ و ۸) ماده بیست و چهارم این قانون، تصامیم به اکثریت دو ثلث کامل اعضای ستره محکمه اتخاذ می‌گردد.

ماده ۲۶ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

۱. هرگاه دیوان ستره محکمه حین رسیدگی فیصله مورد اعتراض دریابد که فیصله محکمه تحتانی در مخالفت با قانون یا خطا در تطبیق یا تأویل آن صادر گردیده، فیصله را نقض و غرض صدور حکم به محکمه تحتانی ارجاع می‌دارد. دیوان ستره محکمه می‌تواند در صورت ملاحظه موارد نقض در فیصله، گرچه در اعتراض معترض به آن تصریح نشده باشد نیز آنرا نقض نماید.
۲. در صورتیکه خطا در تطبیق قانون یا خطا در تأویل آن در نتیجه فیصله مؤثر نبوده و حکم اساساً صحیح و موافق قانون باشد، دیوان مربوط می‌تواند آنرا تأیید نماید.

ماده ۲۷ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

۱. هرگاه دیوان ستره محکمه فیصله مورد اعتراض را به سبب بطلان در حکم یا بطلان در اجراءات اساسی مؤثر در حکم، نقض نماید، قضیه را با ذکر صریح دلایل آن به محکمه مربوط ارجاع می‌دارد، در حالت ارجاع قضیه به محکمه اولی، صدور حکم توسط قضاتی که اکثریت غیر از قضات اولی باشند، صورت می‌گیرد.
۲. هرگاه بر حکم صادره از محکمه که دعوی به آن ارجاع شده، بار دوم اعتراض صورت بگیرد و اعتراض بر مبنای همان علل و اسباب باشد و محکمه مرجوع‌الیه حکم قبلی را که در دیوان ستره محکمه نقض گردیده بود، با همان دلایل اولی حکم نموده باشد، ستره محکمه موضوع را تحت غور و رسیدگی قرار می‌دهد، در صورتیکه حکم مورد اعتراض به اکثریت آراء از طرف ستره محکمه نقض گردد، رسیدگی و اصدار حکم

توسط محکمه صورت می‌گیرد که حکم منقوضه از طرف ستره محکمه به آن ارجاع شده است، در این صورت محکمه مرجوع‌الیه مکلف به رعایت مفاد قرار رهنمودی ستره محکمه بوده و حکم صادره آن قطعی می‌باشد.

ماده ۲۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

احکام و قرارهای محاکم فوقانی در مورد رسیدگی مجدد قضایا بر محاکم تحتانی واجب‌التعمیل می‌باشد.

ماده ۲۹ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

۱. ستره محکمه در امور اداری مربوطه دارای وظایف و صلاحیت‌های آتی می‌باشد:
۲. ترتیب بودجه قوه قضائیه به مشوره حکومت.
۳. رهبری و مراقبت از فعالیت‌های ادارات محاکم.
۴. وضع مقرره‌ها و لوایح به منظور تنظیم امور قضائی و اداری محاکم.
۵. بررسی نتیجه تدقیق و مطالعات امور قضایی و اتخاذ تدابیر به منظور رفع نواقص و توحید و انسجام اجراءات محاکم.
۶. پیشنهاد تعیین قضات و مستشاران به مقام ریاست جمهوری مطابق به احکام این قانون.
۷. پیشنهاد تقرر، تبدل، ترفیع، تمدید خدمت و تقاعد قضات مطابق احکام این قانون.
۸. پیشنهاد تأسیس محاکم و ادارات ثبت اسناد و وثایق و تعیین صلاحیت‌های قضائی و اداری آنها به مقام ریاست جمهوری.
۹. تطبیق بودجه قوه قضائیه.
۱۰. تأمین تسهیلات لازم به منظور پیشبرد فعالیت محاکم.
۱۱. تدویر کورس سنناژ قضائی و تنظیم امور مربوط به آن.
۱۲. اتخاذ تدابیر مقتضی برای ارتقاء سطح دانش و تجارب قضات.
۱۳. نظارت از اجراءات و فعالیت‌های سایر کارکنان اداری قوه قضائیه.
۱۴. تهیه احصائیه سالانه و گزارش از فعالیت‌های تمام محاکم در بخش قضائی.
۱۵. سایر وظایف و صلاحیت‌های که در این قانون و قوانین دیگر به ستره محکمه تفویض گردیده است.
۱۶. صلاحیت‌های مندرج فقره (۱) این ماده از طریق امریت عمومی اداری قوه قضائیه اعمال می‌گردد.

ماده ۳۰ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

رئیس ستره محکمه ممثل قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان بوده، دارای صلاحیتهای ذیل می‌باشد:

۱. رهبری عمومی فعالیت‌های قضائی و اداری ستره محکمه.
۲. ریاست از جلسات ستره محکمه.
۳. عندالافتضاء ریاست جلسات قضائی دیوانهای مربوط ستره محکمه.
۴. اصدار امر مبنی بر تفتیش فعالیت‌های محاکم.
۵. اصدار امر مبنی بر رسیدگی قضایای ناشی از جرایم و تخلفات قضائی و اداری قضات.
۶. نظارت بر تطبیق فیصله‌های قطعی محاکم.
۷. نظارت و مراقبت از تطبیق سالم بودجه قوه قضائیه.
۸. تفویض تمام یا برخی از صلاحیتهای خود در حالت مرضی، رخصتی، غیابت و سایر علل به یکی از اعضای ستره محکمه.
۹. نظارت بر فعالیت آمریت عمومی اداری قوه قضائیه.
۱۰. ارائه گزارش اجراآت قضائی و اداری قوه قضائیه به رئیس جمهور.
۱۱. پیشنهاد عفو و تخفیف مجازات محاکماتی و تأدیبی قضات به مقام ریاست جمهوری.
۱۲. سایر صلاحیتهای مفوضه بر طبق احکام این قانون و قوانین دیگر.

(ب) تبصره پیرامون ستره محکمه

۱. تشکیلات

ستره محکمه عالی ترین ارگان قضایی است و بر قوه قضائیه ریاست می‌کند (جزء ۳ ماده ۱۱۶ قانون اساسی افغانستان، ماده ۱۶ ق.ت.ص.م.ا.). این نکته باید به صورت لفظ به لفظ و از لحاظ ادبی فهم و استنباط گردد که ستره محکمه نه تنها عالی ترین محکمه در افغانستان می‌باشد، بلکه صلاحیتهای اداری مشتمل بر صلاحیت اداره و رهبری تمام امور قوه قضائیه، یعنی وظیفه‌ای که در بیشتر کشورهای اروپایی بر عهده وزرای عدلیه نهاده شده است، نیز با ستره محکمه می‌باشد. جایگاه و صلاحیتهای ستره محکمه در نظام مبتنی بر قانون اساسی افغانستان یک نمونه از مقررات متعددی است که از قانون اساسی ۱۹۶۴ الگو گرفته است.

ستره محکمه مرکب از نه قاضی به حیث اعضای آن است که یکی از آنها به حیث قاضی‌القضات یا رئیس ستره محکمه تعیین می‌شود (جزء ۱ ماده ۱۱۷ قانون اساسی

افغانستان). پس از مقررات خاص مربوط به دوره اول انتصاب،^{۱۰۱} رئیس جمهور وفق فقره ۴ ماده ۵۰ قانون اساسی^{۱۰۲} اعضای ستره محکمه را با تأیید ولسی جرگه برای مدت ۱۰ سال منصوب می‌نماید. شرایط و مقدمات لازم برای تعیین اعضای مذکور در ماده ۱۱۸ قانون اساسی بیان شده است.^{۱۰۳} از جمله شرایط خاص در این رابطه شرایط مربوط به داشتن تحصیلات حقوقی است. در این خصوص قانون اساسی حکم می‌نماید که کاندیداهای عضویت در ستره محکمه باید دارای تحصیلات عالی حقوقی و یا فقهی بوده، و در نظام قضایی افغانستان تخصص و تجربه کافی داشته باشند. بنابراین تعیین قضاتی که صرف دارای تحصیلات محض حقوقی (غیر اسلامی) یا تنها دارای تحصیلات فقهی باشند صراحتاً اجازه داده شده است، در حالی که قانون اساسی ۱۹۶۴ تأکید نموده بود که عضو ستره محکمه باید «از علم حقوق - اهداف ملی - حقوق و نظام حقوقی افغانستان آگاهی کافی داشته باشد»؛ عباراتی که از آن‌ها اینگونه استنباط می‌شود که داشتن آگاهی و دانش هم در حقوق عرفی و هم در حقوق اسلامی برای قضات ضروری بوده است.^{۱۰۴} با وجود این، شرط ضروری «تخصص و تجربه در نظام حقوقی افغانستان» ناظر به ضرورت داشتن دانش کافی در دو حوزه حقوق عرفی (غیر اسلامی) و اسلامی، به همان ترتیب که در

^{۱۰۱} فقره ۲ ماده ۱۱۷ قانون اساسی افغانستان: «سه نفر برای مدت چهار سال، سه نفر برای مدت هفت سال و سه نفر برای مدت ده سال. تعیینات بعدی برای مدت ده سال می‌باشد.»

^{۱۰۲} «اتباع افغانستان بر اساس اهلیت و بدون هیچگونه تبعیض و به موجب احکام قانون، به خدمت دولت پذیرفته می‌شوند.»

^{۱۰۳} ماده ۱۱۸ قانون اساسی افغانستان:

عضو ستره محکمه واجد شرایط ذیل می‌باشد:

سن رئیس و اعضا در حین تعیین از چهل سال کمتر نباشد.

تبعه افغانستان باشد.

در علوم حقوقی و یا فقهی تحصیلات عالی و در نظام قضایی افغانستان تخصص و تجربه کافی داشته باشد.

دارای حسن سیرت و شهرت نیک نام باشد.

از طرف محکمه به ارتکاب جرایم ضد بشری، جنایت و یا حرمان از حقوق مدنی محکوم نشده باشد.

در حال تصدی و وظیفه در هیچ حزب سیاسی عضویت نداشته باشد.

^{۱۰۴} بنگرید به یادداشت شماره ۵۸.

قانون اساسی ۱۹۶۴ پیش بینی شده بود، می باشد؛ زیرا نظام حقوقی افغانستان هم در در حقوق اسلامی و هم در حقوق عرفی (غیر اسلامی)؟؟؟ ریشه دارد. در نتیجه کاندیدایی که بدون داشتن دانش کافی در هر دو شاخه فوق الذکر، صرف در یکی از آنها تخصص یا تجربه داشته باشد، صلاحیت عضویت به حیث قاضی ستره محکمه را نخواهد داشت.

فقره ۳ ماده ۱۱۷ قانون اساسی افغانستان تعیین اعضای ستره محکمه برای بار دوم را ممنوع می کند. ماده ۱۲۶ قانون اساسی افغانستان حکم می کند که اعضای ستره محکمه بعد از ختم دوره خدمت برای بقیه مدت حیات از حقوق مالی در دوره خدمت مستفید می شوند مشروط بر اینکه به مشاغل دولتی و سیاسی اشتغال نوزند و یا عزل نشده باشند.

فقره ۱ ماده ۱۲۷ قانون اساسی افغانستان به تنظیم و تعیین اجراءات مربوط به محاکمه قضات ستره محکمه می پردازد. جهت انجام محاکمه، بیش از یک ثلث اعضای ولسی جرگه باید محاکمه رئیس یا عضو ستره محکمه را بر اساس اتهام به جرم ناشی از اجرای وظیفه یا ارتکاب جنایت تقاضا نمایند. این تقاضا باید به تأیید اکثریت دو ثلث کل اعضای ولسی جرگه برسد. در این صورت قاضی متهم از وظیفه خویش عزل و موضوع به محکمه خاص محول می گردد.

فقره ۶ ماده ۱۱۸ قانون اساسی افغانستان، قضات ستره محکمه را از عضویت در احزاب سیاسی در حال تصدی وظیفه منع می کند.^{۱۰۵} این حکم به حیث یک شرط اضافه دیگر جهت تأمین استقلال قضایی از تأثیرات و مداخلات غیر مجاز و ناروای سیاسی عمل می کند.^{۱۰۶} این حکم، تدبیری احتیاطی است که مختص افغانستان نبوده، بلکه در تعدادی دیگر از کشورها از جمله در هانگری (مجارستان)^{۱۰۷} جهت حمایت از قضات در مقابل تأثیرات سیاسی و حمایت از جایگاه قوه قضائیه در انظار شهروندان به حیث یک ارگان بی طرف و مستقل دولتی اتخاذ شده است. به موجب فقره ۱ ماده ۱۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم ستره محکمه دارای چهار دیوان است:

^{۱۰۵} این ممنوعیت طبق ماده ۱۵ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم به قضات عادی

نیز تسری یافته است.

^{۱۰۶} فقره ۶ ماده ۱۱۸ قانون اساسی افغانستان.

^{۱۰۷} فقره ۵ ماده ۳۲ قانون اساسی ۱۹۴۹ هانگری، قضات محکمه قانون اساسی را از

عضویت در حزب سیاسی منع می کند.

- دیوان جزای عمومی
- دیوان امنیت عامه
- دیوان مدنی و حقوق عامه
- دیوان تجارتي

هر کدام از دیوانهای مذکور توسط یکی از اعضای ستره محکمه ریاست می‌شود.^{۱۰۸} ریاست دیوان رهبری تمام فعالیت‌ها به شمول تدویر جلسات دیوان مربوط را بر عهده دارد. او مسئول توحید تجارب قضایی دیوان خود و به علاوه ارائه گزارش آن به ستره محکمه می‌باشد. قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم صراحتاً به بیان شکل دقیق دیوان نمی‌پردازد.^{۱۰۹} با این حال، ماده ۶ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم حکم می‌کند که در مرحله رسیدگی فرجامی به یک قضیه از جهت صحت تطبیق قانون در ستره محکمه، حداقل دو عضو ستره محکمه باید در محاکم اشتراک ورزند. بر علاوه، ماده ۲۰ قانون مذکور بیان می‌کند ستره محکمه باید دارای مستشاران قضائی باشد که تعداد آنها از سی و شش نفر بیشتر بوده نمی‌تواند.^{۱۱۰} مطابق به ماده ۲۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم مستشاران قضائی از میان قضاتی بر گزیده می‌شوند که شایستگی، صلاحیت و دانش لازم و حداقل ۱۰ سال تجربه قضائی داشته باشند. رویه عملی^{۱۱۱} ستره محکمه از این قرار است که در هر دیوان میان هشت تا ده نفر مستشار وجود دارد که منجر به حضور حداقل ده قاضی در هر دیوان ستره محکمه می‌گردد.

^{۱۰۸} فقره ۲ ماده ۱۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم.

^{۱۰۹} در این ارتباط قانون پیشین تشکیلات و صلاحیت محاکم ۱۹۶۷ (بنگرید به پاورقی ۵۶) باید به حیث یک نمونه مورد استفاده قرار می‌گرفت که در ماده ۱۹ دارای مقررات مفصلی راجع به دیوانهای مختلف بوده است.

^{۱۱۰} این مستشاران قضایی باید قضایای وارده را تحلیل و ارزیابی نموده، گزارش آن را تهیه و غرض اتخاذ تصمیم به جلسه قضایی ارائه نمایند (ماده ۲۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم).

^{۱۱۱} مطابق مصاحبه‌های انجام شده با اعضای ستره محکمه که توسط دوست و همکارم آقای پویا اسماعیل زاده صورت گرفته است که در همین جا از ایشان صمیمانه تشکر می‌کنم.

وظایف و اختیارات ستره محکمه گسترده و وسیع است. ابتدا، برخی از این وظایف و اختیارات، از جمله صلاحیت‌های قضایی می‌باشند که مستقیماً مرتبط با اجرای عدالت‌اند. دوم آنکه ستره محکمه دارای صلاحیت‌های اداری جامع و فراگیری است که ناشی از موقعیت آن به حیث عالی‌ترین ارگان اداری قوه قضائیه می‌باشد.

۲. صلاحیت رسیدگی

صلاحیت‌های قضایی ستره محکمه در ماده ۲۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم تلخیص شده است که عبارت است از:

- صلاحیت بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی^{۱۱۲} و معاهدات بین الدول و میثاقهای بین المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها بر اساس تقاضای حکومت یا محاکم طبق قانون.^{۱۱۳}
- پیشنهاد طرح قانون در ساحه تنظیم امور قضائی به شورای ملی از طریق حکومت.
- تجدید نظر بر فیصله‌های محاکم به سبب ظهور دلایل جدید بر اساس اعتراض لوی خرنوال یا طرف دعوی، طبق احوال پیش‌بینی شده در قوانین مربوطه.
- حل تنازع صلاحیت محاکم و تفویض صلاحیت رسیدگی قضییه از یک محکمه به محکمه دیگر بر اساس تقاضای لوی خرنوال یا طرفین دعوی.
- صلاحیت بررسی دلایل و اتخاذ تصمیم در مورد اعاده مجرمین، هم اتباع افغانستان و هم خارجیان، به دولت خارجی و اتخاذ تصمیم نهایی در این خصوص.
- تأمین وحدت رویه قضایی.
- اتخاذ تصمیم در مورد تخلفات جنائی و انتظامی قضات، و
- ارائه جواب به استهدآت محاکم تحتانی.

صلاحیت ستره محکمه جهت بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی^{۱۱۴} و معاهدات بین الدول و میثاقهای بین المللی با قانون اساسی که در ماده ۱۲۱ قانون اساسی و فقره ۱ ماده

^{۱۱۲} این اصطلاح ناظر به اختیارات موقتی است که مطابق ماده ۱۵۹ قانون اساسی برای دوره انتقالی و پیش از شروع به کار پارلمان اول در ۱۹ دسمبر ۲۰۰۵ برای حکومت وجود داشته است.

^{۱۱۳} این اختیار و صلاحیت نیز در ماده ۱۲۱ قانون اساسی ذکر شده است.

۲۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم پیش بینی گردیده است از اهمیت بسیار زیادی برخوردار می‌باشد. این قانون نه تنها به ستره محکمه صلاحیت بررسی قوانین از جهت انطباق آنها با قانون اساسی را می‌دهد، بلکه همچنین صلاحیت تفسیر قانون اساسی را نیز به آن اعطاء می‌نماید. بررسی مطابقت قوانین با قانون اساسی در صورت عدم صلاحیت ستره محکمه به تفسیر قانون اساسی امری غیر قابل انجام و ناشدنی است، زیرا در غیر این صورت در مواردی که خود قانون اساسی دارای ابهام بوده و نیاز به تفسیر داشته باشد، امکان بررسی مطابقت قوانین با قانون اساسی وجود نخواهد داشت. ماده ۱۲۱ قانون اساسی و فقره ۱ ماده ۲۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم شامل صلاحیت بررسی قوانین در ارتباط به انطباق آنها با موازین و احکام اسلامی به ترتیب مقرر در ماده ۳ قانون اساسی افغانستان نیز می‌باشند، زیرا این قاعده و حکم نیز جزئی از قانون اساسی افغانستان است.^{۱۱۵} هرچند احکام قانون اساسی و قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم در رابطه به صلاحیت ستره محکمه جهت بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی و معاهدات بین المللی و تفسیر آنها به قدر کافی واضح است، یک قانون جدید به منظور اینکه یک نهاد جدید را صلاحیت مشابه اعطاء می‌نماید، تسوید گردید. صلاحیت و مسئولیت عمده کمیسیون نظارت بر تطبیق قانون اساسی عبارت است از تفسیر قانون اساسی بر اساس تقاضای رئیس جمهور، شورای ملی، ستره محکمه و قوه اجرائیه (ماده ۸).^{۱۱۶} با این همه،

^{۱۱۴} این اصطلاح ناظر به اختیارات موقتی است که مطابق ماده ۱۵۹ قانون اساسی برای دوره انتقالی و پیش از شروع به کار پارلمان اول در ۱۹ دسمبر ۲۰۰۵ برای حکومت وجود داشته است.

^{۱۱۵} برای مطالعه تفصیلی اصل جمهوری اسلامی و محتوای ماده ۳ قانون اساسی افغانستان لطفاً مراجعه کنید به رامین مشتاقی، رهنمود ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، جلد اول، تشکیلات و اصول دولت، ترجمه حسین غلامی.

^{۱۱۶} ماده ۸ قانون کمیسیون نظارت بر تطبیق قانون اساسی در این مورد حکم می‌نماید که: «کمیسیون به منظور نظارت بهتر از تطبیق احکام مندرج قانون اساسی دارای وظایف و صلاحیت های ذیل می باشد:

(۱) تفسیر احکام قانون اساسی به اساس تقاضای رئیس جمهور، شورای ملی، ستره محکمه و حکومت.

(۲) نظارت از رعایت و تطبیق احکام قانون اساسی توسط رئیس جمهور، حکومت، شورای ملی، قوه قضائیه، ادارات، مؤسسات و سازمان های غیر دولتی.

این کمیسیون ایجاد نشد. شورای ملی مسوده قانون این کمیسیون را به تاریخ ۱۴ اپریل ۲۰۰۷ تصویب نمود. ولی، رئیس جمهور از توشیح آن امتناع ورزید. زیرا، رئیس جمهور به این عقیده بود که این مسوده خلاف قانون اساسی است. حکومت ادعا نمود که ماده ۱۲۱ قانون اساسی صلاحیت انحصاری تفسیر قانون اساسی را به ستره محکمه اعطاء می نماید. شورای ملی دوباره مصوبه را به تاریخ ۱۸ آگست ۲۰۰۸ با اکثریت دو ثلث آراء تصویب نمود. زیرا، شورای ملی به این عقیده بود که تأسیس کمیسیون نظارت بر تطبیق قانون اساسی در ماده ۱۵۷ قانون اساسی پیش بینی شده است. این مسوده بنابراین برای مدت محدود قانون تلقی شد (ماده ۹۴ قانون اساسی). باوجوداین، ایجاد این کمیسیون غیرممکن به نظر می رسید. زیرا، همکاری رئیس جمهور در قسمت معرفی اعضای این کمیسیون به پارلمان غرض گرفتن رأی اعتماد ضروری بود. در تاریخ ۶ مارچ ۲۰۰۹ رئیس جمهور این قانون را به ستره محکمه غرض بررسی مطابقت آن با قانون اساسی راجع نمود. ستره محکمه دلایل دولت را تعقیب و یکسلسله دلایل دیگر نیز اضافه نمود و احکام متعدد این قانون را خلاف قانون اساسی و غیر مدار اعتباراعلام نمود. بنابراین، کمیسیون می تواند منحصراً یک نهاد ایجاد گردد، ولی بدون صلاحیت تفسیر قانون اساسی و اصدار حکم در این مورد.^{۱۱۷}

- (۳) ارائه مشوره های حقوقی در مسائل ناشی از قانون به رئیس جمهور و شورای ملی.
- (۴) مطالعه قوانین نافذ غرض دریافت تناقضات با قانون اساسی و ارائه آن به رئیس جمهور و شورای ملی به منظور اتخاذ تدابیر جهت رفع آنها.
- (۵) ارائه پیشنهاد مشخص به رئیس جمهور و شورای ملی در زمینه اتخاذ تدابیر به منظور انکشاف امور قانونگذاری در مواردی که قانون اساسی حکم نموده است.
- (۶) ارائه گزارش به رئیس جمهور در صورت ملاحظه تخطی یا تخلف از احکام مندرج قانون اساسی.
- (۷) تصویب لوایح و طرز العمل های مربوطه.
- ^{۱۱۷} متن کامل این قانون در رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون حقوق اساسی: تشکیلات و اصول دولت، تألیف، رامین مشتاقی، جلد اول، ۲۰۰۹ ضمیمه گردیده است. باید ملتفت بود که ستره محکمه افغانستان احکام آتی این قانون را غیر مدار اعتبار اعلام نمود: ماده ۵ فقره ۱؛ ماده ۷؛ ماده ۸ فقره های ۱ و ۴ و ماده ۱۱ فقره ۱.

روی همین دلیل، نگاهی عمیق تر به صلاحیت های ستره محکمه ضروری است. ماده ۱۲۱ قانون اساسی و فقره ۱ ماده ۲۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم اقدام به تعیین صلاحیت جامع و فراگیر ستره محکمه جهت بررسی انطباق اقدامات پارلمان با قانون اساسی نکرده‌اند. هر دو قاعده از قوانین مذکور، صرف از قوانین، معاهدات بین الدول و میثاقهای بین المللی و فرامین تقنینی یاد کرده‌اند. فرامین تقنینی به حیث فرامین خاص رئیس جمهور، یکی از خصوصیت‌های دوره انتقالی بوده است. بنابراین، ستره محکمه وقتی که درباره جواز رأی عدم اعتماد ولسی جرگه نسبت به وزرای حکومت افغانستان اتخاذ تصمیم نمود از صلاحیت‌های خود تجاوز کرده است.^{۱۱۸} رأی عدم اعتماد، قانون نیست زیرا آنگونه که می‌توان از ماده ۹۴ قانون اساسی افغانستان استنباط نمود قانون عبارت از تصمیم دو مجلس است که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد. رأی عدم اعتماد صرف تصمیم محض ولسی جرگه است. (مراجعه کنید به ماده ۹۲ قانون اساسی افغانستان).

اگرچه نه قانون اساسی و نه قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم افغانستان تعیین نمی‌کنند که در صورت اتخاذ تصمیم توسط ستره محکمه مبنی بر اینکه یک قانون یا فرمان قضایی منطبق با قانون اساسی نیست، چه اتفاقی خواهد افتاد، لیکن این استنباط قناعت بخش به نظر می‌رسد که در این گونه موارد آن قانون یا فرمان تقنینی، باطل اعلام شده است. به همان ترتیب که ماده ۱۶۲ قانون اساسی افغانستان تردیدی بر جای نمی‌گذارد که با نفاذ این قانون اساسی، قوانین و فرامین تقنینی مغایر احکام آن ملغی می‌باشد. این نکته، البته همان نتیجه‌ای است که در اکثر کشورهای اروپایی دارای طرزالعمل خاص بررسی انطباق قوانین با قانون اساسی نیز صراحتاً مورد توجه قرار گرفته است. به نظر می‌رسد این نتیجه‌گیری در تمام نظام‌های حقوقی که نمی‌توانند بر نظریه تقدم اتکا نمایند، اجتناب ناپذیر است، اگر برتری قانون اساسی در این گونه موارد به طور کلی هیچگونه اثر ملموسی را ایجاد ننماید.^{۱۱۹} بنابراین، استنباط و فهم ستره محکمه در تصمیم فوق^{۱۲۰} مبنی بر اینکه مطابق ماده

^{۱۱۸} برای مطالعه این نکته لطفاً مراجعه کنید به رامین مشتاقی، رهنمود ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، جلد اول، تشکیلات و اصول دولت، ترجمه حسین غلامی.

^{۱۱۹} R.Grote, "Separation of powers in the new Afghan constitution", zoo RV 64, (2004), 897 et seq. 911 et seq.

^{۱۲۰} یعنی همان نظریه مشوره‌ای راجع به رأی عدم اعتماد ولسی جرگه نسبت به وزیر امور خارجه.

۱۲۱ قانون اساسی این تصامیم صرف دارای جنبه مشوره‌ای غیر الزام آور می‌باشند، نمی‌تواند مورد تأیید باشد. این استنباط ستره محکمه ممکن است با توجه به این واقعیت بوده است که ستره محکمه از مشکلات ناشی از استنباط خود مبنی بر اینکه صلاحیت بررسی تصمیم مجلس را بر اساس ماده ۱۲۱ قانون اساسی دارد آگاه بوده است، اما با وجود این احساس تکلیف نمود که در رابطه با ماهیت قضیه تصمیم بگیرد. یک موضوع قابل توجه دیگر آن است که صلاحیت ستره محکمه جهت بررسی قوانین و به علاوه فرامین تقنینی به نحو بسیار محدود و مضیقی طراحی شده است، به صورتی که حق تقاضای بررسی انطباق آنها با قانون اساسی صرف متعلق به حکومت یا محاکم تحتانی شده است.^{۱۲۱} بنابراین، تمام نیروهای سیاسی که از حکومت حمایت نمی‌کنند، محروم از امکان تقاضای بررسی قوانین جهت انطباق با قانون اساسی می‌باشند.^{۱۲۲} حتی قانون اساسی فرانسه، که در مقایسه با سایر قوانین اساسی با هدف تقویت بیشتر موقعیت و جایگاه قوه اجرائیه و تقلیل اختیارات پارلمان طراحی شده است، حق طرح تقاضای بررسی توسط شورای قانون اساسی را به روسای هر دو مجلس و به فیصدی از اعضای پارلمان داده است.^{۱۲۳} همچنین برای شهروندان (اتباع) عادی نیز هیچ امکانی جهت ارایه درخواست فردی و شکایت از این که حقوق بنیادین آنها نقض شده است، وجود ندارد. اگر چه چنین امکان دادخواهی از جمله ضروریات اساسی اصل حاکمیت قانون نمی‌باشد، لیکن به مردم وسایل و امکانات قابل توجهی جهت اجرای حقوقشان در مقابل اقدام غیرقانونی ارگانهای دولتی اعطاء می‌کند. یک حکم مهم دیگر فقره ۳ ماده ۲۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم است که صلاحیت ستره محکمه جهت تجدید نظر بر فیصله‌های محاکم و نقض فیصله‌های نهایی آنها را در قضایای خاص طبق احوال پیش‌بینی شده در قوانین مربوط مد نظر قرار داده است. این حکم یکی از موارد رسیدگی فوق العاده است. سرانجام، ستره محکمه به حیث عالی‌ترین محکمه رسیدگی به اعتراض فرجامی در افغانستان عمل می‌کند و مسئول تأمین وحدت رویه قضائی محاکم افغانستان می‌باشد (فقره ۷ ماده ۲۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). جهت تأمین این وظیفه فقره ۱ ماده ۲۶ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم مقرر می‌کند که «هرگاه دیوان ستره محکمه حین رسیدگی فیصله مورد

^{۱۲۱} ماده ۱۲۱ قانون اساسی، فقره ۱ ماده ۲۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم.

^{۱۲۲} See also Grote, note, 126, 911.

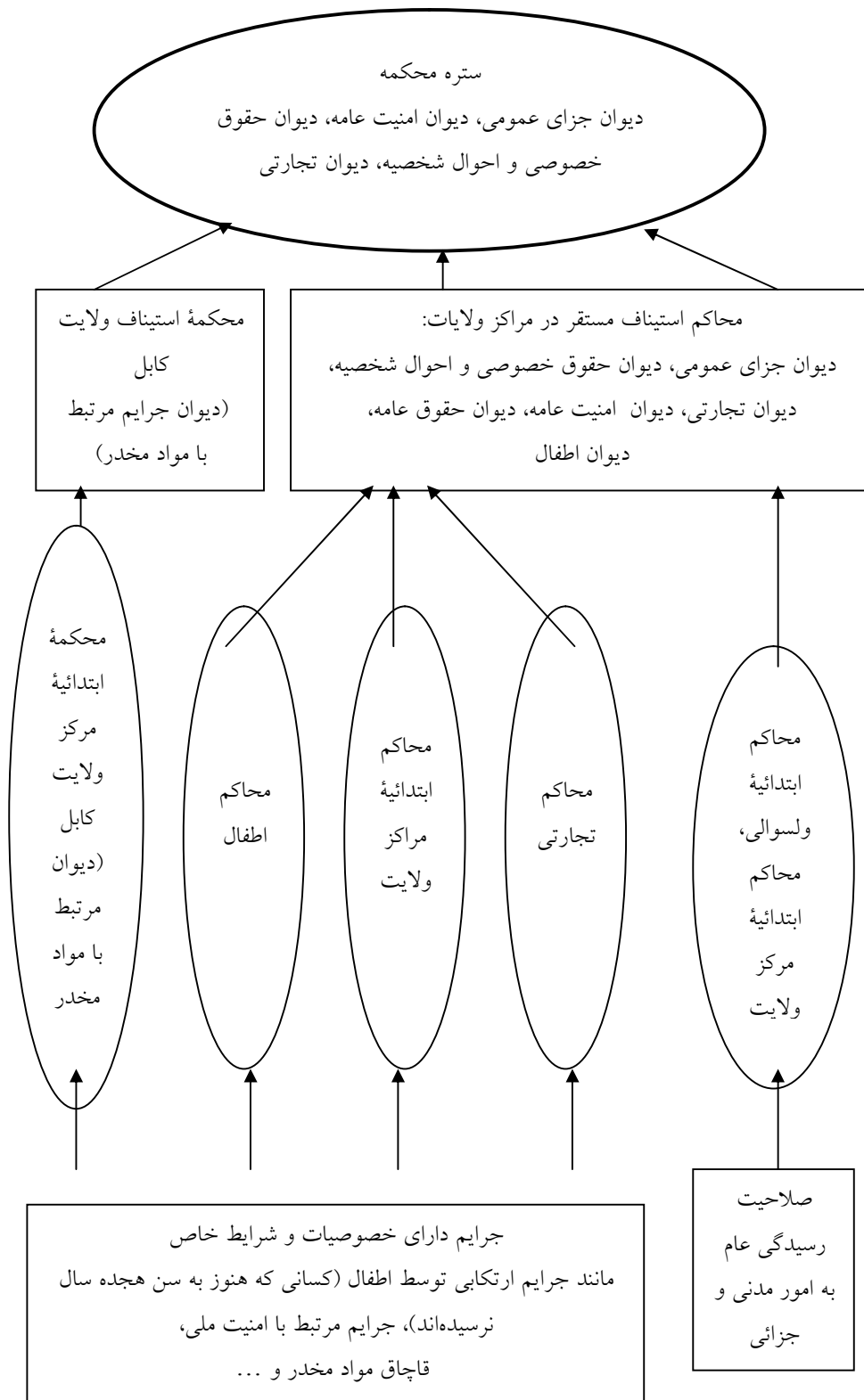
^{۱۲۳} ماده ۶۱ قانون اساسی ۱۹۵۸ فرانسه.

اعتراض دریابد که فیصله محکمه تحتانی در مخالفت با قانون یا خطا در تطبیق یا تاویل آن صادره گردیده، فیصله را نقض و غرض صدور حکم به محکمه تحتانی ارجاع می‌دارد.^{۱۲۴} به حیث یکی از نتایج مهم اعتراض از جهت (خطا در) تطبیق قانون، برای حصول به وحدت رویه قضایی، فقره ۱ ماده ۲۶ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم بیان می‌کند که دیوانهای ستره محکمه می‌توانند در صورت ملاحظه موارد نقض در فیصله، گرچه در اعتراض معترض به آن تصریح نشده باشد، نیز آنرا نقض نمایند. ماده ۲۸ قانون مذکور مقرر نموده است که احکام و قرارهای محاکم فوقانی در مورد رسیدگی مجدد قضایا بر محاکم تحتانی واجب‌التعمیل است. نظر به صلاحیت‌های وسیع ستره محکمه این پرسش مطرح می‌شود که آیا ستره محکمه، یک محکمه قانون اساسی است؟ یک محکمه قانون اساسی دارای خصوصیت‌های خاص بوده و توانایی بررسی اقدامات هر سه شاخه یا شعبه دولتی (قوای مقننه، اجرائیه، قضائیه) را جهت ارزیابی انطباق آنها با قانون اساسی دارد.^{۱۲۴} ستره محکمه صلاحیت بررسی قوانین از جهت انطباق با قانون اساسی و اصول معتقدات اسلام را داشته و بنابراین اقدامات قوه مقننه را تحت بررسی قرار می‌دهد. فراتر از این، ستره محکمه به قوه قضائیه از طریق دیوانهای خود و نیز از طریق رسیدگی به اعتراض از تصامیم محاکم از جهت تطبیق قانون نظارت می‌کند. در ارتباط به کنترل موثر بر قوه اجرائیه، این پرسش هنوز قابل پاسخ نیست. زیرا قانون اجراءات اداری موثری که تأمین کننده کنترل (ستره محکمه بر) قوه اجرائیه باشد هنوز وضع و اجرا نشده است. بنابراین، تا زمانی که این شرط ضروری محقق نشده باشد، ستره محکمه افغانستان را نمی‌توان یک محکمه قانون اساسی تلقی نمود. ستره محکمه به طور کلی وظایف خود را در جلساتی با حضور تمام اعضا انجام می‌دهد. جلسات عادی هر ۱۵ روز یک بار منعقد می‌شوند. جلسات فوق العاده را می‌توان حسب درخواست قاضی القضاة، پیشنهاد لوی‌خ‌ارنوال، یا بنا به درخواست ثلث اعضای ستره محکمه تشکیل داد.^{۱۲۵} نظر به وظیفه ستره محکمه جهت تأمین وحدت رویه قضایی در عملکردش به حیث محکمه رسیدگی به اعتراض (فرجامی)، تصامیم ستره محکمه در جلسات عمومی با حضور تمام اعضا اتخاذ نمی‌گردد، بلکه این گونه فیصله‌ها در دیوانهای ستره محکمه صادره می‌شود.

¹²⁴ K. Doehring, *Allgemeine Staatslehre*, 2004, 191.

¹²⁵ ماده ۲۵ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم.

صلاحیت ستره محکمه به حیث محکمه رسیدگی فرجامی به اعتراض از کیفیت تطبیق قانون



۳. صلاحیت‌های اداری

همانگونه که تاکنون مورد اشاره قرار گرفت صلاحیت‌های ستره محکمه نه تنها شامل وظایف قضایی بلکه مشتمل بر وظایف اداری آن نیز می‌گردد که به تفصیل در فقره ۱ ماده ۲۹ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم به شرح ذیل ذکر شده است:

- ترتیب بودجه قوه قضائیه به مشوره حکومت.
- رهبری و مراقبت از فعالیت‌های ادارات محاکم.
- وضع مقرره‌ها و لوایح به منظور تنظیم امور قضایی و اداری محاکم.
- بررسی نتیجه تدقیق و مطالعات امور قضایی و اتخاذ تدابیر به منظور رفع نواقص و توحید و انسجام اجراءات محاکم.
- پیشنهاد تعیین قضات و مستشاران به مقام ریاست جمهوری مطابق به احکام این قانون.
- پیشنهاد تقرر، تبدل، ترفیع، تمدید خدمت و تقاعد قضات مطابق احکام این قانون.
- پیشنهاد تأسیس محاکم و ادارات ثبت اسناد و وثایق و تعیین صلاحیت‌های قضائی و اداری آنها به مقام ریاست جمهوری.
- تطبیق بودجه قوه قضائیه.
- تأمین تسهیلات لازم به منظور پیشبرد فعالیت محاکم.
- تدویر کورس ستاژ قضایی و تنظیم امور مربوط به آن.
- اتخاذ تدابیر مقتضی برای ارتقاء سطح دانش و تجارب قضات.
- نظارت از اجراءات و فعالیت‌های سایر کارکنان اداری قوه قضائیه.
- تهیه احصائیه سالانه و گزارش از فعالیت‌های تمام محاکم در بخش قضایی.
- سایر وظایف و صلاحیت‌های که در قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم و قوانین دیگر به ستره محکمه تفویض گردیده است.

ستره محکمه این وظایف را از طریق آمریت عمومی اداری قوه قضائیه انجام می‌دهد^{۱۲۶} این ارگان توسط فقره ۱ ماده ۲۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم جهت تنظیم بهتر امور اجرائی و قضایی ایجاد شده است که در رأس آن آمر عمومی قرار دارد. آمر عمومی اداری قوه قضائیه به پیشنهاد رئیس ستره محکمه و منظوری رئیس جمهور تعیین می‌شود.

^{۱۲۶} فقره ۲ ماده ۲۹ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم.

ماده ۳۰ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم وظایف و اختیارات قاضی القضاة را بیان می‌کند. این وظایف و اختیارات از جمله شامل رهبری عمومی فعالیت‌های قضائی و اداری ستره محکمه است. علاوه بر این او صلاحیت ریاست از جلسات ستره محکمه و نیز دیوانهای آن را داشته، بر تطبیق فیصله‌های قطعی محاکم نظارت نموده، اقدام به اصدار امر مبنی بر رسیدگی قضایای ناشی از جرایم و تخلفات قضایی و اداری قضاة نیز می‌نماید. سرانجام، او می‌تواند پیشنهاد عفو و تخفیف مجازات محاکماتی و تأدیبی قضاة را به مقام ریاست جمهوری ارائه کند.

گفتار چهارم: شرایط لازم برای انسلاک قضاء

ماده ۵۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، شرایط لازم برای انسلاک قضایی قضاة عادی را به این نحو تعیین کرده است که کاندیدها (اشخاص واجد شرایط) باید تابعیت افغانستان داشته، حداقل ۲۵ سال سن داشته باشند و نباید به موجب حکم قطعی محکمه ذیصلاح به جرم جنایت یا جنحه عمدی محکوم شده باشند. به علاوه، آنها باید دارای سند تحصیلی لیسانس از پوهن‌خئی‌های حقوق و علوم سیاسی یا شرعیات باشند. همچنین آنها ممکن است دارای سند تحصیلی مدارس دینی رسمی دولت یا معادل آن بوده باشند. در هر صورت اشخاص واجد شرایط باید دوره ستاز قضائی را مؤفّقانه سپری نموده باشند. رئیس جمهور حسب پیشنهاد قاضی القضاة می‌تواند اشخاص واجد این شرایط را به حیث قاضی منصوب کند. کاندیدهایی که دارای سند تحصیلی از یکی از مدارس دینی رسمی دولت یا معادل آن باشند می‌توانند به حیث قاضی محکمه ابتدائیه برای مدت سه سال منصوب شوند؛ شرطی که به نظر می‌رسد جهت نوآموزی و تقویت دانش آنها تعیین شده است. سرانجام، فقره ۳ ماده ۵۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم به ستره محکمه صلاحیت وضع شرایط اضافی را در صورتی که تعداد داوطلبان واجد شرایط بیش از حد ضرورت باشد، اعطاء می‌کند.

بسیار مهم است که شرایط و معیارهای مذکور حین استخدام قضاة جدید مورد رعایت قرار گیرند، زیرا به ترتیبی که در مباحث بعدی شرح داده خواهد شد استخدام قضاة فاقد تحصیلات حقوقی کافی، خطر بسیار بزرگی جهت استقلال فردی آنها تلقی می‌گردد. به حیث یک اقدام قابل انجام در آینده، ادغام دو پوهن‌خئی حقوق و علوم سیاسی و شرعیات

یا حداقل تفاهم و توافق بر یک پروگرام آموزشی واحد بسیار قابل توصیه است.^{۱۲۷} چنین اقدامات و اصلاحاتی موجب آن می‌شود که پوهنتون‌ها در مسیر تشکیلات جدید نظام حقوقی افغانستان که سنت و عنعنات شرعی را با قوانین وضعی دولتی ادغام نموده است، قرار گیرند.

همچنین در ارتباط به شرایط ضروری جهت انتصاب به شغل قضا مقررهای در ماده ۶ مقررات مربوط به ستاژ قضائی که توسط ستره محکمه تصویب شده است، وجود دارد. این مقررات با احکام مذکور در قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم افغانستان از برخی جهات متفاوت است. با وجود این، هر دو مقرر مذکور را باید با توجه به ماده ۵۸ ق.ت.ص.م.ا. مد نظر قرار داد که نظر به وضع آن توسط پارلمان، بر مصوبه ستره محکمه برتری و اولویت دارد. برای مطالعه تفصیلی اختلافات جزئی میان دو مقرر مذکور، لطفاً به رهنمود ماکس پلانک پیرامون اخلاق قضایی مراجعه کنید.^{۱۲۸}

قضیه اول

مطابق ماده ۵۱ قانون اساسی افغانستان «هر شخص که از اداره بدون موجب متضرر شود مستحق جبران خساره می‌باشد و می‌تواند برای حصول آن در محکمه دعوا اقامه کند». متأسفانه قوانین افغانستان معین نکرده‌اند کدام محاکم صلاحیت رسیدگی به این قضایا را دارند. همانگونه که در مباحث فوق شرح داده شد، تفسیر قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم و تطبیق آن با قانون پیشین مصوب ۱۹۶۷، حاکی از این نتیجه است که دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه مرکز ولایت^{۱۲۹} در مرحله رسیدگی اولیه و دیوانهای حقوق عامه محکمه استیناف^{۱۳۰} و دیوان مدنی و حقوق عامه ستره محکمه^{۱۳۱} در مرحله رسیدگی استینافی و فرجامی، ارگان ذیصلاح می‌باشند.

قضیه دوم

¹²⁷ Feinstein International Famine Center Tufts University, "Human Security and Livelihoods of Rural Afghans, 2002-2003," 2007 in <http://nutrition.Tufts.Edu/pdf/research/famine/mazurana/pdf> (last visit 18.04.2006).

¹²⁸ تیلمن رودر، رهنمود ماکس پلانک پیرامون اخلاق قضایی، فصل دوم، ب، تبصره

پیرامون انتصاب قضات و ارتقای آنها.

¹²⁹ شماره ۳ از فقره ۱ ماده ۴۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم.

¹³⁰ شماره ۴ از فقره ۱ ماده ۳۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم.

¹³¹ شماره ۲ از فقره ۱ ماده ۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم.

مطابق فقره ۴ ماده ۳۴ قانون مبارزه علیه مواد مخدر در جرایم قاچاق مواد مخدر، هرگاه مقدار تریاک ده کیلوگرام یا بیشتر باشد دیوان مرکزی جرایم مرتبط با مواد مخدر که در محکمه ابتدائیه مرکز ولایت کابل مستقر می‌باشد صلاحیت انحصاری رسیدگی به این جرم را بر عهده دارد. جمشید متهم به فروش ۲۰۰ کیلوگرام تریاک است. بنابراین، دیوان مرکزی جرائم مرتبط با مواد مخدر دارای صلاحیت انحصاری رسیدگی به قضیه او می‌باشد. تدبیر بسیار مناسبی است که فقره ۶ ماده ۳۴ قانون مبارزه علیه مواد مخدر مقرر می‌کند دیوانهای رسیدگی کننده به جرایم مواد مخدر، به جرایم مواد مخدر مطابق احکام قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم و سایر قوانین مربوط رسیدگی می‌کنند. بنابراین، دیوانهای مذکور در تشکیلات و چوکات عادی محاکم تشکیل شده و در نتیجه رسیدگی تنازع صلاحیت محاکم مختلف حسب مورد بر عهده محکمه استیناف (ماده ۳۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم) و یا ستره محکمه (فقره ۴ ماده ۲۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم) است. این قانون جهت ایجاد دساتیر و مقررات واحد بسیار مفید می‌باشد. همین که ستره محکمه اقدام به اتخاذ تصمیم نمود، هر دیوانی که از این مسیر منحرف شود، با خطر نقض تصمیم خود مواجه خواهد بود. نظر به اینکه فقره ۶ ماده ۳۴ قانون مبارزه علیه مواد مخدر پیش بینی کرده است که رسیدگی به جرایم مواد مخدر، مطابق احکام قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان و سایر قوانین مربوط صورت می‌گیرد، احکام کلی و عمومی مربوط به استیناف و فرجام خواهی از جهت صحت تطبیق قانون نیز قابل اجرا می‌باشند. در نتیجه، محکمه استیناف کابل که به حیث دیوان جرائم مرتبط با مواد مخدر تشکیل می‌شود، وفق فقره ۴ ماده ۳۴ قانون مبارزه علیه مواد مخدر مرجع ذیصلاح برای استیناف طلبی خواهد بود. از آنجا که هیچ حکم خاصی در قانون مبارزه علیه مواد مخدر وجود ندارد، محکمه ذیصلاح برای رسیدگی فرجامی به صحت تطبیق قانون، ستره محکمه می‌باشد. مقررات تفصیلی مربوط به استیناف و فرجام خواهی از جهت صحت تطبیق قانون در قانون اجراءات جزایی موقت برای محاکم و قانون مبارزه علیه مواد مخدر آمده‌اند.

سؤالات:

- محاکم اختصاصی و صلاحیت‌های انحصاری را نام ببرید.
- کدام محاکم صلاحیت رسیدگی به قضایای جزایی را دارند؟
- تحت کدام شرایط محاکم مختلف جزایی صلاحیت رسیدگی به قضایا را دارند؟
- از نگاه مقایسوی، خصوصیت‌های خاص و استثنایی ستره محکمه چیست؟
- کدام نهادها صلاحیت ارائه تقاضای بررسی قضایی قوانین را دارند؟
- مفهوم ماده ۳۵ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضائیه افغانستان چیست؟
-

فصل سوم:

انطباق سازمان و صلاحیت محاکم با قانون اساسی افغانستان، حقوق بین الملل و موافقت نامه بُن

این فصل به بررسی مطابقت نظام قضایی با اصول استقلال قضایی، حاکمیت قانون و موازین بین المللی مذکور در قانون اساسی افغانستان، حقوق بین الملل و موافقت نامه بُن می پردازد.

گفتار یکم: استقلال

قضیه اول

جمشید قاضی محکمه استیناف هرات است. او از رسیدگی به یک قضیه نزد یکی از محاکم ابتدائیه ولسوالی در ولایت مطلع شده است. بعد از مطالعه گزارش مفصل یک جریده در رابطه با آن قضیه، جمشید به طور کامل بر این عقیده شد که پروسه (طرزالعمل) مورد عمل در محکمه ولسوالی منجر به صدور رأی غلطی خواهد شد. وی در حالی که از این موضوع خشمگین بود، به مرشد که قاضی محکمه ولسوالی است تلفون کرد و از او خواست که دوسیه را مختومه نموده و مظنون (متهم) را تبرئه کند. اگرچه مرشد درباره نتایج عدم اجابت دستور جمشید نگران است، لیکن از شما درباره قانونی بودن و اعتبار دستور جمشید سؤال می کند. نظر شما چیست؟

قضیه دوم

احمد زمانی که به قضاوت منصوب شد، صرف شش سال در مکتب تحصیل کرده بود،

کارمند دولتی مسئول در ستره محکمه صلاحیت علمی احمد را معادل مدرک یک مدرسه رسمی ارزیابی نموده است زیرا او شخصاً به مکتب نظام رفته بود. علاوه بر این، آنجا به طور کلی فاقد قاضی است. وقتی احمد برای اولین بار با یک دوسیه روبرو شد کاملاً احساس ناتوانی کرد. او به سختی متن قوانین را می فهمید. از آنجا که متهم یک سخنور کهنه کار و باتجربه بوده و به نظر می رسد که از حقوق خویش به خوبی مطلع است، احمد از پذیرش دعوی به ضرر او خودداری نمود. آیا شما در این قضیه مشکلی ملاحظه می کنید؟

الف) احکام ذریبط

ماده ۱۱۶ قانون اساسی افغانستان

قوه قضائیه رکن مستقل دولت جمهوری اسلامی افغانستان می باشد. قوه قضائیه مرکب است از یک ستره محکمه، محاکم استیناف و محاکم ابتدائیه که تشکیلات و صلاحیت آنها توسط قانون تنظیم می گردد. ستره محکمه به حیث عالی ترین ارگان قضایی در راس قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان قرار دارد.

ماده ۱۱۷ قانون اساسی افغانستان

ستره محکمه مرکب است از نه عضو که از طرف رئیس جمهور با تأیید ولسی جرگه و با رعایت احکام مندرج فقره آخر ماده پنجاهم و ماده یکصد و هجدهم این قانون اساسی در آغاز به ترتیب ذیل تعیین می گردند. سه نفر برای مدت چهار سال، سه نفر برای مدت هفت سال و سه نفر برای مدت ده سال. تعیینات بعدی برای مدت ده سال می باشد. تعیین اعضا برای بار دوم جواز ندارد. رئیس جمهور یکی از اعضا را به حیث رئیس ستره محکمه تعیین می کند. اعضای ستره محکمه به استثنای حالت مندرج ماده یکصد و بیست و هفتم این قانون اساسی، تا ختم دوره خدمت از وظایفشان عزل نمی شوند.

ماده ۱۱۸ قانون اساسی افغانستان

عضو ستره محکمه واجد شرایط ذیل می باشد:

۱. سن رئیس و اعضا در حین تعیین از چهل سال کمتر نباشد؛
۲. تبعه افغانستان باشد؛
۳. در علوم حقوقی و یا فقهی تحصیلات عالی و در نظام قضایی افغانستان تخصص و تجربه کافی داشته باشد؛
۴. دارای حسن سیرت و شهرت نیک نام باشد؛
۵. از طرف محکمه به ارتکاب جرایم ضد بشری، جنایت و یا حرمان از حقوق مدنی محکوم نشده باشد؛
۶. در حال تصدی و وظیفه در هیچ حزب سیاسی عضویت نداشته باشد.

ماده ۱۱۹ قانون اساسی افغانستان

اعضای ستره محکمه قبل از اشغال وظیفه، حلف آتی را در حضور رئیس جمهور به جا می آورند:

بسم الله الرحمن الرحيم

«به نام خداوند بزرگ جل جلاله سوگند یاد می کنم که حق و عدالت را بر طبق احکام دین مقدس اسلام، نصوص این قانون اساسی و سایر قوانین افغانستان تامین نموده، وظیفه قضاء را با کمال امانت، صداقت و بی طرفی اجرا نمایم.»

ماده ۱۲۰ قانون اساسی افغانستان

صلاحیت قوه قضائیه شامل رسیدگی به تمام دعاوی است که از طرف اشخاص حقیقی یا حکمی به شمول دولت، به حیث مدعی یا مدعی علیه در پیشگاه محکمه مطابق به احکام قانون اقامه شود.

ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان

بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین الدول و میثاق های بین المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه می باشد.

ماده ۱۲۲ قانون اساسی افغانستان

۹۰ انطباق تشکیلات و صلاحیت محاکم با قانون اساسی، حقوق بین الملل و معاهدات بین الملل و موافقت نامه بن

هیچ قانون نمی تواند در هیچ حالت قضیه یا ساحه ای را از دایره صلاحیت قوه قضائیه به نحوی که در این فصل تحدید شده، خارج بسازد و به مقام دیگر تفویض کند. این حکم مانع تشکیل محاکم خاص مندرج مواد شصت و نهم، هفتاد و هشتم و یکصد و بیست و هفتم این قانون اساسی و محاکم عسکری در قضایای مربوط به آن نمی گردد. تشکیل و صلاحیت این نوع محاکم توسط قانون تنظیم می گردد.

ماده ۱۲۳ قانون اساسی افغانستان

با رعایت احکام این قانون اساسی، قواعد مربوط به تشکیل، صلاحیت و اجراءات محاکم و امور مربوط به قضات توسط قانون تنظیم می گردد.

ماده ۱۲۴ قانون اساسی افغانستان

در مورد مامورین و سایر کارکنان اداری قوه قضائیه، احکام قوانین مربوط به مامورین و سایر کارکنان اداری دولت نافذ می باشد ولی تقرر، انفکاک، ترفیع، تقاعد، مجازات و مکافاتشان توسط ستره محکمه مطابق به احکام قانون صورت می گیرد.

ماده ۱۲۵ قانون اساسی افغانستان

بودجه قوه قضائیه به مشوره حکومت از طرف ستره محکمه ترتیب گردیده، به حیث جزء بودجه دولت، توسط حکومت به شورای ملی تقدیم می شود. تطبیق بودجه قوه قضائیه از صلاحیت ستره محکمه می باشد.

ماده ۱۲۶ قانون اساسی افغانستان

اعضای ستره محکمه بعد از ختم دوره خدمت برای بقیه مدت حیات از حقوق مالی دوره خدمت مستفید می شوند مشروط به اینکه به مشاغل دولتی و سیاسی اشتغال نوزند.

ماده ۱۲۷ قانون اساسی افغانستان

هرگاه بیش از یک ثلث اعضای ولسی جرگه، محاکمه رئیس یا عضو ستره محکمه را بر اساس اتهام به جرم ناشی از اجرای وظیفه یا ارتکاب جنایت تقاضا نمایند و ولسی جرگه

۹۱ انطباق تشکیلات و صلاحیت محاکم با قانون اساسی، حقوق بین الملل و معاهدات بین الملل و موافقت نامه بن

این تقاضا را با اکثریت دو ثلث کل اعضا تصویب کند. متهم از وظیفه عزل و موضوع به محکمه خاص محول می گردد
تشکیل محکمه و طرز العمل محاکمه، توسط قانون تنظیم می گردد.

ماده ۱۲۸ قانون اساسی افغانستان

در محاکم افغانستان، محاکمه به صورت علنی دایر می گردد و هر شخص حق دارد با رعایت احکام قانون در آن حضور یابد.
محکمه می تواند در حالاتی که در قانون تصریح گردیده، یا سرّی بودن محاکمه ضروری تشخیص گردد جلسات سری دایر کند ولی اعلام حکم باید به هر حال علنی باشد.

ماده ۱۲۹ قانون اساسی افغانستان

محکمه مکلف است اسباب حکمی را که صادر می نماید در فیصله ذکر کند. تمام فیصله های قطعی محاکم واجب التعمیل است مگر در حالت حکم به مرگ شخص که مشروط به منظوری رئیس جمهور می باشد.

ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان

محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می کنند. هرگاه برای قضیه ای از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده قضیه را به نحوی حل و فصل می نمایند که عدالت را به بهترین وجه تامین نماید.

ماده ۱۳۱ قانون اساسی افغانستان

محاکم برای اهل تشیع در قضایای مربوط به احوال شخصیه احکام مذهب تشیع را مطابق به احکام قانون تطبیق می نمایند.
در سایر دعاوی نیز اگر در این قانون اساسی و قوانین دیگر حکمی موجود نباشد محاکم قضیه را مطابق به احکام این مذهب حل و فصل می نمایند.

ماده ۱۳۲ قانون اساسی افغانستان

قضات به پیشنهاد ستره محکمه و منظوری رئیس جمهور تعیین می گردند.
تقرر، تبدل، ترفیع، مؤاخذه و پیشنهاد تقاعد قضات مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه می باشد.
ستره محکمه به منظور تنظیم بهتر امور اجرایی و قضایی و تامین اصلاحات لازم، آمریت عمومی اداری قوه قضائیه را تاسیس می نماید.

ماده ۱۳۳ قانون اساسی افغانستان

هرگاه قاضی به ارتکاب جنایت متهم شود ستره محکمه مطابق به احکام قانون به حالت قاضی رسیدگی نموده، پس از استماع دفاع او، در صورتیکه ستره محکمه اتهام را وارد بداند پیشنهاد عزلش را به رئیس جمهور تقدیم و با منظوری آن از طرف رئیس جمهور، قاضی متهم از وظیفه معزول و مطابق به احکام قانون مجازات می شود.

ماده ۱۳۴ قانون اساسی افغانستان

کشف جرایم، توسط پولیس و تحقیق جرایم و اقامه دعوا علیه متهم در محکمه، از طرف خرنوالی مطابق به احکام قانون صورت می گیرد.
خرنوالی جزء قوه اجرائیه و در اجراءات خود مستقل می باشد. تشکیل، صلاحیت و طرز فعالیت خرنوالی توسط قانون تنظیم می گردد. کشف و تحقیق جرایم وظیفوی منسوبین قوای مسلح، پولیس و موظفین امنیت ملی، توسط قانون خاص تنظیم می گردد.

ماده ۱۳۵ قانون اساسی افغانستان

اگر طرف دعوا زبانی را که محاکمه توسط آن صورت می گیرد نداند حق اطلاع به مواد و اسناد قضیه و صحبت در محکمه به زبان مادری، توسط ترجمان برایش تامین می گردد.

ب) تبصره پیرامون استقلال

اصل استقلال قوه قضائیه در ماده ۱۱۶ قانون اساسی ایجاد گردیده است که طبق آن: «قوه قضائیه رکن مستقل دولت جمهوری اسلامی افغانستان می باشد». بر علاوه، اصل استقلال قضایی را می توان از مفهوم حاکمیت قانون که یکی از اصول مبتنی بر قانون اساسی افغانستان است نیز استخراج نمود.^{۱۳۲}

اندیشه استقلال قوه قضائیه یک دکترین (آموزه یا نظریه دانشمندان) پایدار و با سابقه در حقوق بین الملل است. این اصل توسط بسیاری از قوانین اساسی و عادی کشورها مورد استقبال قرار گرفته و در بسیاری از معاهدات و اسناد بین المللی و از جمله نخستین آنها اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸) به رسمیت شناخته شده است.^{۱۳۳} اصل استقلال قضایی در فقره ۱ ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی^{۱۳۴} و نیز در ماده ۳۷ میثاق حقوق طفل^{۱۳۵} اعلان گردیده است. افغانستان عضو هر دو سند بین المللی حقوق بشری

^{۱۳۲} برای مطالعه تفصیلی راجع به حاکمیت قانون و استقلال قضایی به حیث اصول مبتنی بر قانون اساسی لطفاً مراجعه کنید به رامین مشتاقی، رهنمود ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، جلد اول، تشکیلات و اصول دولت، ترجمه حسین غلامی.

^{۱۳۳} پذیرفته شده و اعلان گردیده طی اعلامیه شماره (III) 217A مورخ ۱۰ دسمبر ۱۹۴۸ توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد، سند شمار (A/810(1948)، که در ماده ۱۰ بیان می کند: «هر کس با مساوات کامل حق دارد که دعوی او به وسیله محکمه مستقل و بی طرفی، منصفانه و علناً رسیدگی شود و چنین محکمه درباره حقوق و الزامات او یا هر اتهام جزایی که به او منسوب شده باشد، اتخاذ تصمیم بنماید».

^{۱۳۴} مطابق فقره ۱ ماده ۱۴: «همه در مقابل محاکم و دیوانهای قضایی متساوی هستند. هر کس حق دارد به این که به دادخواهی او منصفانه و علنی در یک محکمه صالح مستقل و بی طرف طبق قانون رسیدگی شود...» (تأکید از مولف است).

^{۱۳۵} ماده ۳۷ مقرر می کند: «دول طرف میثاق باید مطمئن شوند که: هر طفلی که از آزادی اش محروم می شود، باید به کمک های لازم قانونی دسترسی فوری داشته باشد و همین طور حق پرسش قانونی بودن محرومیت از آزادی خودش را نزد محکمه و دیگر ارگانهای با صلاحیت، مستقل و بیطرف و دسترسی به تصمیم گیری در مورد چنین اقدامی را داشته باشد».

مذکور می باشد.^{۱۳۶} به علاوه، بیشتر اسناد حقوق بشری منطوقی نیز در ارتقای استقلال قضایی سهم گرفته اند.^{۱۳۷} علاوه بر این، این اصل در حقوق بین الملل بشر دوستانه^{۱۳۸} و در اساسنامه های محاکم بین المللی مورد احترام واقع شده است.

مجمع عمومی سازمان ملل متحد به منظور تجسم و تحکیم معنا و مفهوم استقلال قضایی و ایجاد امکان تعقیب، اجرا و تطبیق آن، اعلامیه اصول اساسی استقلال قضایی را تصویب نمود.^{۱۳۹} اگرچه این سند به حیث مصوبه مجمع عمومی، برای کشورهای عضو سازمان ملل متحد الزام آور نمی باشد،^{۱۴۰} لیکن مبنای مناسبی را برای ارزیابی کویف اعمال و تطبیق استقلال قضایی فراهم می نماید. علاوه بر اصول سازمان ملل متحد راجع به استقلال قضایی، چند سازمان غیر دولتی موازین جامع و فراگیر دیگری را نیز ایجاد کرده اند.^{۱۴۱}

^{۱۳۶} الحاق افغانستان به میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی در تاریخ ۲۴ جنوری ۱۹۸۳ است؛ تصویب میثاق حقوق طفل توسط افغانستان در ۲۸ مارچ ۱۹۹۴ می باشد.

^{۱۳۷} به حیث مثال بنگرید به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (۱۹۵۰)، ماده ۶؛ کنوانسیون امریکایی حقوق بشر (۱۹۶۹) م ۸؛ منشور افریقایی حقوق بشر و مردم (۱۹۸۱)، ماده ۷.

^{۱۳۸} به حیث مثال بنگرید به ماده ۳ کنوانسیون ژنو (۱۹۴۹)؛ پروتکل الحاقی اول، فقره ۴ ماده ۷۵ (۱۹۷۷)؛ پروتکل الحاقی دوم، فقره ۲ ماده ۶ (۱۹۷۷).

^{۱۳۹} اصول اساسی استقلال قضایی به اتفاق آراء در هفدهمین کنگره جلوگیری از جرم و رفتار با مجرمین در تاریخ ۶ سپتمبر ۱۹۸۵ در میلان پذیرفته شد و توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد تحت سند شماره A/Res/40/32 به تاریخ ۲۹ نوامبر ۱۹۸۵، پاراگراف ۵ تصویب و اعلام گردید. مجمع عمومی بعداً ضمن استقبال از این اصول و تاکید بر آن، از کشورهای عضو دعوت نمود که آنرا رعایت نموده و اجرای آن در نظام تقنینی و رویه ملی را مد نظر قرار دهند؛ سند شماره A/RES/40/146 مورخ ۱۳ دسمبر ۱۹۸۵، پاراگراف ۲.

¹⁴⁰ K. Hailbronner / E. Klein in: B. Simma / H. Mosler / A. Randelzhofer / C. Tomuschat / R. Wolfrum (ed.) *The Charter of the United Nations - A Commentary*, 2002, 268 et seq.; A. Cassese, *International Law*, 2005, 335.

¹⁴¹ برای مطالعه تکمیلی بنگرید به:

Center for the Independence of Judges and Lawyers, *CIJL Bulletin* No. 25-26 (1990), 1 et seq.; International Commission of Jurists, *International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors*, Practitioners Guide Series No.1, 2004.

سرانجام، موافقتنامه بن نیز که بعد از سقوط طالبان پروسه انتقالی منجر به قانون اساسی جدید و نظام دائمی را در افغانستان طراحی نموده و شکل داده است، در ارتباط به قوه قضائیه در بخش ۲-۳ مقرر نموده است: «قوه قضائیه افغانستان باید مستقل [...] باشد.»

اندیشه استقلال قوه قضائیه، مقتبس از مهمترین عنصر تشکیل دهنده دوامدار عدالت یعنی بیطرفی است.^{۱۴۲} مفهوم استقلال ناظر به مستقل بودن و خودمختاری قاضی یا یک محکمه در تطبیق قانون بر قضایا در پروسه (طرزاعمال) رسیدگی و صدور حکم است. استقلال قضایی دارای دو جنبه متفاوت می باشد: نخست، استقلال نهادی که مستقیماً ناظر به اصل تفکیک قوا بوده^{۱۴۳} و بنابراین مداخله غیر مجاز از طرف سایر ارگانهای دولتی در قوه قضائیه را به حیث یک نهاد دارای تمامیت و صلاحیت خاص خود منع می کند و دوم استقلال فردی^{۱۴۴}. در حالیکه استقلال نهادی، مداخله قوه اجرائیه و نیز در محدوده ای کمتر مداخله قوه مقننه را در امور قوه قضائیه منع می کند،^{۱۴۵} استقلال فردی، متمرکز بر قضات است و ناظر به استقلال فردی قضات و مصونیت آنها از نیروها و فشارهای داخلی و خارجی به هنگام تطبیق قانون می باشد. تأثیر گذاری غیر مجاز داخلی ممکن است توسط سایر اعضای قوه قضائیه به خصوص مقامات بلندتر صورت گیرد^{۱۴۶}. به منظور ایجاد امکان اخذ تضامیم بی طرفانه، قضات باید مصون از هرگونه مداخله و فشار به هنگام اتخاذ تضامیم بوده و باید صرف تابع قانون باشند.

۱. استقلال نهادی

همانگونه که مورد اشاره قرار گرفت استقلال نهادی قوه قضائیه مقتبس از اصل تفکیک قوا است.^{۱۴۷} به همان ترتیب که راپورتر (گزارشگر) خاص سازمان ملل متحد در یکی از

¹⁴² L. Morse, "A Declaration about Judicial Independence", *Quinnipiac Law Review* 20 (2000), 731 et seq. (737).

¹⁴³ W. Bondy, *Separation of Governmental Powers*, 1896, 12 et seq.; International Commission of Jurists, see note 148, 20; Doehring, see note 131, 161 et seq.

¹⁴⁴ M. P. Mills / L. Waddle, "Judicial Independence in Mississippi," *Quinnipiac Law Review* 20 (2000), 709 et seq.

¹⁴⁵ M. Nowak, *CCPR Commentary*, 2005, 319.

¹⁴⁶ International Commission of Jurists, see note 148, 23.

¹⁴⁷ برای مطالعه تفکیک قوا و نتایج آن، لطفاً مراجعه کنید به: رامین مشتاقی، رهنمود

ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، جلد اول، تشکیلات و اصول دولت،

ترجمه حسین غلامی.

گزارش‌های خود راجع به استقلال قضات و حقوقدانان خاطرنشان کرده است «[...] اصل استقلال قوا [...] بنیادی است که شرایط و الزامات استقلال و بی طرفی قضایی بر اساس آن ایجاد گردیده است».^{۱۴۸} تفکیک قوا خواهان استقلال و خود مختاری هر کدام از قوای عمومی، استقلال دوجانبه آنها و تضمین کننده محدودیت هر یک از قوا به نقش و ساحه مربوط به خودشان می باشد.^{۱۴۹} بنابراین، قوه قضائیه باید دارای صلاحیت رسیدگی به کلیه قضایای دارای ماهیت قضایی بوده، صلاحیت انحصاری اتخاذ تصمیم درباره این که آیا موضوع احاله شده به آن به نحو تعیین شده در قانون تحت صلاحیت آن است یا نه، را نیز داشته باشد.^{۱۵۰}

یک موضوع مهم و حساس دیگر در ارتباط به تفکیک قوا و استقلال نهادی مربوط به شکل گیری قوه قضائیه یعنی راجع به انتصاب قضات است. مقایسه میان نظامهای حقوقی متفاوت، بیانگر آن است که روش‌های مختلفی برای انتصاب قضات و شکل گیری قوه قضائیه وجود دارد. در حقوق بین الملل هیچ اتفاق نظری راجع به کیفیت انتصاب قضات وجود ندارد. در این مورد برخی روش‌های مختلف عبارتند از انتصاب قضات به وسیله حکومت، انتصاب آنها به وسیله حکومت با رضایت پارلمان یا یک کمیسیون امور قضایی، همکاری مشترک آنها در انتصاب قضات، انتخاب قضات توسط مردم یا توسط پارلمان. علاوه بر این، روش‌های مختلف انتصاب قضات برای درجات مختلف محاکم نیز مورد استفاده قرار می گیرد. هر کدام از روش‌ها و سیستم‌ها دارای مفاد و مضار خاص خود می باشد.

به حیث مثال، انتخاب توسط مردم می تواند قضات را ترغیب نماید که طبق افکار عمومی عمل نموده یا از آن حمایت نمایند، در حالی که انتصاب یا انتخاب قضات توسط یکی از قوای دولتی دارای این ایراد است که موجب وابستگی قاضی به آن مقام یا مرجع انتصاب/ انتخاب کننده می گردد. با توجه به این ایرادات وجود نوعی تعامل میان قوای عمومی دیگر در جریان تعیین قضات مرجح به نظر می رسد.

^{۱۴۸} گزارش گزارشگر ویژه سازمان ملل متحد درباره استقلال قضات و وکلا، سند

شماره E/CN.4/1995/39 پاراگراف ۵۵.

^{۱۴۹} Bondy, see note 150, 12 et seq.; Doehring, see note 131, 161 et seq.

^{۱۵۰} مراجعه کنید به اصل سوم اصول اساسی استقلال قضات، بنگرید به پاورقی ۱۴۶.

آنچه که در هر کدام از سیستم‌های مذکور اهمیت دارد این است که قضات منتخب یا منصوب مستقل از مراجع تعیین کننده آنها باشند. جهت تأمین استقلال و بی طرفی قضایی، پروسه (طریقه) انتصاب و تعیین قضات باید دارای معیارها و موازین شفاف و سخت و دقیق باشد.^{۱۵۱}

به علاوه، وجود نوعی همکاری یا حداقل مشوره قوه قضائیه در جریان تعیین یا انتخاب قضات مطلوب به نظر می رسد؛ مخصوصاً جهت حصول اطمینان از صلاحیت و کفایت حرفوی کاندیدان قضاوت.^{۱۵۲}

۱-۱. صلاحیت‌های قوه قضائیه

مواد ۱۲۰ و ۱۲۲ قانون اساسی افغانستان شرایط و الزامات ضروری مربوط به استقلال نهادی قوه قضائیه را با تعیین این امر که صلاحیت رسیدگی به دعاوی صرف بر عهده قوه قضائیه بوده و هیچ قانون در هیچ حالت نمی‌تواند قضیه یا ساحه‌ای را از دایره صلاحیت قوه قضائیه خارج بسازد، محقق نموده است.

یک جنبه مثبت دیگر در ارتباط به استقلال نهادی قوه قضائیه این نکته است که ستره محکمه مسئول ترتیب^{۱۵۳} و تطبیق^{۱۵۴} بودجه قوه قضائیه می‌باشد.

۱-۲. شکل‌گیری قوه قضائیه

در ارتباط به شکل‌گیری قوه قضائیه افغانستان، باید میان قضات ستره محکمه و قضات عادی قائل به تمایز و تفکیک شد، زیرا آنها به نحو متفاوتی تعیین و منصوب می‌گردند.

– انتصاب قضات ستره محکمه

قانون اساسی افغانستان، مسئولیت مشترک پارلمان و رئیس جمهور را برای انتصاب قضات ستره محکمه پیش بینی کرده است. رئیس جمهور قضات ستره محکمه را با تأیید ولسی جرگه تعیین می‌نماید. به نظر می‌رسد چنین تعاملی به طور کلی تضمین مناسبی برای تأمین

¹⁵¹ International Commission of Jurists, see note 148, 41.

¹⁵² International commission of jurists, *The Rule of Law and Human Rights*, 1966, 30; Doehring, note 129,161.

^{۱۵۳} شماره ۱ فقره ۱ ماده ۲۹ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم.

^{۱۵۴} شماره ۸ فقره ۱ ماده ۲۹ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم افغانستان.

استقلال ستره محکمه و قضات آن می باشد. آنچه که محل ایراد و موضوع مناقشه است عدم شناخت حق رد (وتو) کاندیدها برای پارلمان است.^{۱۵۵} بدون امکان وتوی اقلیت، این خطر وجود دارد که قوه اجرائیه برخوردار از حمایت پارلمان ممکن است صرف کاندیدهایی را تعیین کند که به حزب و گروه خود آن تعلق دارند. نتیجه این وضعیت، ایجاد قوه قضائیه ای است که به لحاظ سیاسی یک جانبه و یا متمایل به یک گروه و حزب خاص است.^{۱۵۶} بنابراین، به نظر می رسد قبول و تعیین برخی تدابیر حمایت کننده مناسب برای رفع این مشکل در آینده، قابل توصیه و تأکید باشد.

- انتصاب قضات عادی

قضات عادی حسب پیشنهاد ستره محکمه و منظوری رئیس جمهور تعیین می شوند.^{۱۵۷} آمریت عمومی اداری قوه قضائیه این صلاحیت قوه قضائیه را اجرا می کند.^{۱۵۸} این قانون به ستره محکمه نقش گسترده ای در تعیین قضات اعطاء نموده و تا حدودی یک دستور منحصر به فرد است. از لحاظ مقایسوی، در آلمان قضات فدرال توسط یک کمیته انتخاب

^{۱۵۵} به حیث مثال، در امریکا امکان وتوی اقلیت از طریق مقررات اجرایی که به اقلیت اجازه جلوگیری از انتصاب کاندیدانی غیر مقبول آن را می دهد، تأمین شده است که در اصطلاح به آن «آبستراکسیون» یا کارشکنی و اخلال در اخذ رأی می گویند. مثلاً از این طریق که یکی از سناتورها برای جلوگیری از رأی گیری راجع به یک کاندیدا به صورت نامحدود اقدام به سخنرانی می کند. این اقدام در امریکا امکان پذیر است زیرا مقررات سنا هیچ زمان مشخص و محدودی را برای بحث و سخنرانی راجع به یک موضوع تعیین نکرده است. همچنین بنگرید به:

D. S. Rutkus, Supreme Court Appointment Process: Roles of the President, Judiciary Committee, and Senate, CRS Report for Congress, 2005, 30 et seq;

برای مطالعه تفصیلی راجع به انتصاب قضات در نظام حقوقی امریکا بنگرید به:

H. J. Abraham, *The Judiciary*, 1996.

¹⁵⁶ Doehring, see note 131, 162.

^{۱۵۷} ماده ۱۳۲ قانون اساسی افغانستان، مواد ۵۸ و ۶۰ و شماره ۵ فقره ۱ ماده ۲۹ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم.

^{۱۵۸} فقره ۲ ماده ۲۹ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم.

کننده خاص که متشکل از اعضای قوه مقننه و قوه قضائیه بوده^{۱۵۹} و توسط رئیس جمهور تعیین شده‌اند، انتخاب می‌گردند؛^{۱۶۰} در حالی که قوه قضائیه صرف باید مورد مشوره قرار گیرد.^{۱۶۱} حتی در نظام ایتالیوی، که دارای مشابهت‌هایی با نظام حقوقی افغانستان از جهت اعطای نقش غالب به قوه قضائیه در انتصاب قضات عادی می‌باشد، محدودیت‌های زیادی در این خصوص وجود دارد.^{۱۶۲} در ایتالیا، شورای عالی قضایی مسئول انتصاب قضات می‌باشد.^{۱۶۳} با این حال، یک ثلث اعضای شورای عالی قضایی در ایتالیا به شمول معاون رئیس جمهور توسط پارلمان انتخاب می‌شوند.^{۱۶۴} در حالی که در افغانستان ستره محکمه به تنهایی، بدون اشتراک سایر قوای عمومی، مسئول انتخاب و پیشنهاد کاندیداها به رئیس جمهور است.

این احکام، از طریق اعطای امکان اشتراک گسترده به قوه قضائیه، شرایط مناسبی را برای تأمین استقلال نهادی قوه قضائیه فراهم کرده‌اند.^{۱۶۵} یک نکته نگران کننده در این خصوص، عدم اشتراک پارلمان در اجراءات مربوط به انتصاب قضات در افغانستان می‌باشد. در رویه

۱۵۹ فقره ۲ ماده ۹۵ قانون بنیادین (اساسی) جمهوری فدرال آلمان (۱۹۴۹) و مواد ۵-۲، ۱۲ قانون انتخاب قضایی؛ برای مطالعه تفصیلی نظام حقوقی آلمان بنگرید به:

D. C. Umbach, "The Independence of the Judiciary and the Rule of Law", in: E. Cortan / A. I. Sheriff, *The Role of the Judiciary in the Protection of Human Rights*, 1997, 241 et seq. (245).

۱۶۰ ماده ۶۰ قانون بنیادین (اساسی) جمهوری فدرال آلمان.

۱۶۱ ماده ۵۵ و بعد قانون قوه قضائیه آلمان.

۱۶۲ مواد ۱۰۴، ۱۰۵ و ۱۰۶ قانون اساسی ۱۹۴۸ ایتالیا شورای عالی قوه قضائیه را ایجاد نموده است که دارای صلاحیت انحصاری انتصاب، برکناری، انتقال، ارتقاء و تنبیه اعضای قوه قضائیه است. برای مطالعه تفصیلی بنگرید به:

M. Cappelletti / J. H. Merryman / J. M. Perillo, *The Italian Legal System*, 1967, 102 et seq.; F. Mariuzzo, "Die Selbstverwaltung der ordentlichen Richter in Italien - der oberste Rat der Richterschaft", *Deutsche Richterzeitung*, 2001, 161 et seq. (163).

۱۶۳ ماده ۱۰۵ قانون اساسی ۱۹۴۸ ایتالیا.

۱۶۴ فقره‌های ۴ و ۵ ماده ۱۰۴ قانون اساسی ۱۹۴۸ ایتالیا؛ همچنین بنگرید به:

M. Cappelletti / J. H. Merryman / J. M. Perillos, see note 170; Mariuzzo, note 170, 163.

۱۶۵ به طور کلی، برای قضات بهتر آن است که توسط یک نهاد مستقل از قوای اجرائیه و مقننه انتخاب یا انتصاب گردند، مراجعه کنید به:

International Commission of Jurists, see note 148, 45.

جاری تعیین کاندیدهای قضاوت در افغانستان، از جهت آنکه انتصاب قضایی گاهی بر مبنای روابط شخصی یا سیاسی و بدون توجه به شرایط و الزامات قانونی صورت گرفته است، مورد انتقاد و اعتراض محققان واقع گردید. چنین رویه‌ای در راستای استقلال قوه قضائیه نمی‌باشد زیرا موجب ایجاد تعهدات مشخص نسبت به قضات و تعیین کنندگان آنها شده و مناقض اصل بی‌طرفی قضات و قوه قضائیه است. درحالیکه فقدان مشروعیت دموکراتیک در انتخاب قضات را می‌توان از طریق اشتراک رئیس جمهور که منتخب مستقیم مردم است جبران نمود، اشتراک پارلمان می‌توانست موجب ایجاد شفافیت در طریقه انتخاب قضات و تقویت درک و استنباط مردم از استقلال قضایی گردد.^{۱۶۶}

۲. استقلال فردی قضات

همانگونه که مورد اشاره قرار گرفت استقلال قوه قضائیه نه تنها مستلزم استقلال نهادی بلکه نیازمند استقلال فردی قضات نیز می‌باشد. هر دو مفهوم فوق وابسته به یکدیگر بوده، با هم در ارتباط می‌باشند. استقلال فردی مستلزم آن است که قضات نه تنها مصون و آزاد از فشار و تأثیر خارجی بلکه مصون از فشار داخلی در خود قوه قضائیه نیز باشند.^{۱۶۷} شرایط انجام وظیفه قضا در این ارتباط دارای اهمیت بسیار زیادی است، به حیث مثال احساس امنیت در دوره تصدی امر قضا به شمول عزل و برکناری از وظیفه. قضات صرف باید در صورتی برکنار شوند که مرتکب سوء رفتار شدید و تخلفات و جرائمی گردند که منجر به عدم توانایی آنان در انجام وظایف‌شان گردد. قضات نباید به دلیل اشتباهات (غلطی‌هایی) که با حسن نیت مرتکب شده و یا به دلیل عدم موافقت با یک تفسیر خاص از قانون، برکنار گردند.^{۱۶۸} ضرورتی ندارد که قضات به صورت مادام‌العمر استخدام شده یا غیر قابل محاکمه باشند، اما ضروری است که استخدام آنها حداقل برای مدت چند سال باشد.^{۱۶۹}

^{۱۶۶} برای مطالعه نگرانی‌های مربوط به پروسه جاری تعیین و انتصاب قضات بنگرید

به مطالب مذکور در پایان بحث شماره ۴، بالا.

^{۱۶۷} A. Cox, "The Independence of the Judiciary: History and Purpose," *University of Dayton Law Review* 21 (1996), 566 et seq.

^{۱۶۸} International Commission of Jurists, see note 148, 57; CF. also. E. g.

^{۱۶۹} Nowak, see note 152, 320; J. L. Morse, see note 149, 733; International Commission of Jurists, see note 148, 51; CF. Principles 11, 12 and 18 of the UN Basic Principles, see note 146.

موضوع دیگر مربوط به تنبیهات و مجازاتهاست. مصونیت قضات از دستورات و فشارها به هنگام رسیدگی به قضیه و مدیریت آن در این ارتباط قابل توجه است. قضات نباید تحت حاکمیت او امر دیگران بوده و یا به شیوه‌ای دیگر در حین رسیدگی به قضایا وابسته به آنان باشند.^{۱۷۰} آنان باید مصون از دستورات الزام آور راجع به فعالیت‌های خاص قضایی خود بوده و نباید به دلیل تفسیر خاص از قانون که بر مبنای حسن نیت آنها صورت گرفته است، تنبیه شوند.^{۱۷۱}

در ارتباط به استقلال فردی، یک نکته مهم دیگر، موضوع امنیت شخصی قضات و به علاوه معاش کافی و مناسب برای آنهاست.

۲-۱. دوره تصدی

نظام حقوقی افغانستان احکام متفاوتی برای دوره تصدی قضات ستره محکمه و عادی و نیز برای برکناری آنها تدارک دیده است که مورد بحث قرار می‌گیرد.

- شرایط تصدی قضات ستره محکمه

قانون اساسی افغانستان پس از بیان احکام خاص برای بار اول انتصاب قضات ستره محکمه، مقرر نموده است که اعضای ستره محکمه به شمول قاضی القضاات برای مدت ده سال منصوب می‌گردند.^{۱۷۲} به طور کلی، انتصاب قضات به صورت مادام‌العمر به نحوی که برای قضات فدرال در ایالات متحده امریکا^{۱۷۳} پیش بینی شده است یا انتصاب قضات تا دوره تقاعد به صورتی که در آلمان جز برای قضات محکمه فدرال قانون اساسی مورد

¹⁷⁰ Nowak, see note 152,320.

¹⁷¹ Cf. S. Lubet, "Judicial Discipline and Judicial Independence," in: *Law and Contemporary Problems* vol. 61 (1998) 59 et seq.; S. Lubet, "Judicial Independence and Independent Judges," in: *Hofstra Law Review* 25 (1997); K. Doehring, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1984, 239.

تضمین وحدت و صحت عمل در اجرای عدالت و مدیریت آن نباید از طریق اعمال تنبیهات جزایی بر قضات بلکه باید از طریق بررسی تصامیم آنان در محاکم استیناف صورت گیرد.

^{۱۷۲} ماده ۱۱۷ قانون اساسی افغانستان.

^{۱۷۳} قسمت دوم ماده ۱ قانون اساسی ایالات متحده امریکا.

۱۰۲ انطباق تشکیلات و صلاحیت محاکم با قانون اساسی، حقوق بین الملل و معاهدات بین الملل و موافقت نامه بن

عمل قرار می گیرد^{۱۷۴}، مهمترین روش های موثر برای تأمین استقلال قضایی است^{۱۷۵}. با این حال، دوره محدود اشتغال به امر قضا، ضرورتاً به معنای استقلال قضایی کمتر نمی باشد.^{۱۷۶} این نکته باید مورد توجه قرار گیرد که بسیاری از اختیارات و صلاحیت ها در ستره محکمه افغانستان متمرکز شده اند. همانگونه که ذکر گردید ستره محکمه از جمله صلاحیت تفسیر و بررسی انطباق قوانین، فرامین تقنینی و معاهدات بین الدول و میثاقهای بین المللی با قانون اساسی را داشته،^{۱۷۷} مسئول اداره امور قضایی^{۱۷۸} و پیشنهاد طرح قانون در ساحه تنظیم امور قضایی به پارلمان می باشد.^{۱۷۹} همچنین ستره محکمه، از طریق اعمال صلاحیت اخیر، حتی در شکل گیری نظام حقوقی دولت نیز اشتراک می ورزد؛ وظیفه ای که اصولاً مطابق تفسیر محدود از دکترین (آموزه) تفکیک قوا متعلق به قوه مقننه می باشد. با نظر داشت این گونه تجمیع اختیارات در ستره محکمه، در واقع قابل توصیه به نظر می رسد که نسبت به محدود کردن دوره خدمت و وظیفوی قضات جهت ایجاد توازن در میان قوای عمومی اقدام گردد. صرف نظر از آن، استقلال قضات ستره محکمه از طریق وضع این دستور قانونی که اعضای این محکمه بعد از ختم دوره خدمت برای بقیه مدت حیات از حقوق مالی دوره خدمت مستفید می شوند، مشروط به آنکه به مشاغل دولتی و سیاسی اشتغال نوزند، افزایش یافته است.^{۱۸۰}

به طور خلاصه، احکام مربوط به دوره تصدی قضات ستره محکمه، با شرایط لازم برای قوه قضائیه مستقل انطباق دارد.

^{۱۷۴} مواد ۱۰، ۲۱ قانون قوه قضائیه آلمان.

^{۱۷۵} Nowak, see note 152, 320; International Commission of Jurists, see note 148, 51.

^{۱۷۶} به حیث مثال قضات محکمه فدرال قانون اساسی آلمان برای مدت ۱۲ سال و بدون امکان انتصاب برای بار دوم، تعیین می شوند و تاریخ این محکمه نشان دهنده استقلال مناسب آن از سایر قوا می باشد. ماده ۴ قانون محکمه فدرال قانون اساسی آلمان.

^{۱۷۷} ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان و فقره ۱ ماده ۲۵ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم.

^{۱۷۸} ماده ۳۰ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم.

^{۱۷۹} فقره ۲ ماده ۲۵ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم.

^{۱۸۰} ماده ۱۶ قانون اساسی افغانستان.

- شرایط دوره تصدی قضات عادی

دوره خدمت و وظیفوی قضات عادی صراحتاً در قانون تعیین نشده است. این موضوع نه تنها در قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، بلکه در قانون کار و قانون مأمورین دولت که می‌توانند در صورت عدم وجود حکمی در این خصوص در قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم به حیث قوانین تکمیلی مورد استناد قرار گیرند^{۱۸۱}، نیز روشن نشده است. مطابق اطلاعات حاصله از دیپارتمنت تحقیق ستره محکمه و به علاوه دیپارتمنت منابع انسانی آن، استنباط غالب در ستره محکمه این است که چون قانون هیچ نوع محدودیتی بر دوره تصدی قضات جز قضات ستره محکمه تعیین نکرده است، دوره تصدی قضات عادی تا زمان تقاعد آنها ادامه می‌یابد. شرایط تقاعد در فقره ۱ ماده ۶۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم معین شده است که طبق آن تقاعد در پایان ۴۰ سال خدمت بالفعل، در صورت معلولیت کلی دایمی و مریضی‌های دوامداری که مانع اجرای وظیفه گردد، اكمال سن ۶۵ سالگی و یا سایر حالاتی که در اسناد تقنینی پیش‌بینی گردیده است، اجباری است. یکی از این حالات در ماده ۱۳۳ قانون اساسی افغانستان معین شده است. مطابق این ماده در صورتی که یک قاضی به ارتکاب جنایت متهم شده و ستره محکمه اتهام را وارد بداند، پیشنهاد عزل او را به رئیس جمهور نموده و بعد از منظوری رئیس جمهور عزل می‌گردد. دوره تصدی قضات عادی به نحوی که موجب حمایت از استقلال قضایی گردد و به صورتی رضایت بخش تنظیم گردیده است.

۲-۲. حمایت و مصئونیت در مقابل دستورات ناروا و غیر مجاز

تدابیر انضباطی در ماده ۶۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم تعیین شده‌اند^{۱۸۲}. همانگونه که در ماده مذکور حکم شده است، تأدیب قضات مطابق مقرره خاصی که از طرف ستره محکمه تصویب می‌شود، صورت می‌گیرد.^{۱۸۳} مشروح این مقررات تأدیبی در رهنمود

^{۱۸۱} فقره ۱ ماده ۶۵ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم.

^{۱۸۲} به حیث مثال مقرر طرز سلوک قضایی برای قضات جمهوری اسلامی افغانستان

و مقرر سابق در ارتباط با بررسی قضایای انضباطی قضات.

^{۱۸۳} این مقرر در ماه جوزای سال ۱۳۸۶ به نام «مقرر طرز سلوک قضایی برای قضات

جمهوری اسلامی افغانستان» تصویب و نشر شده است.

ماکس پلانک برای اخلاق قضائی بحث خواهد شد.^{۱۸۴} یک نکته که به نحو نزدیکی با نظام ضمانت اجراها در ارتباط است مسئله آزادی در اتخاذ تصمیم توسط قضات می باشد، مثلاً مصئونیت از اجرای اوامر الزام آور در ارتباط به فعالیت های قضایی خاص قضات. این نکته در ماده ۱۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم مدنظر قرار گرفته است که مطابق آن محاکم حین رسیدگی به قضایا مستقل بوده و در صدور احکام صرف تابع قانون می باشند. آزاد بودن از تحت دستور و مداخلات غیر قانونی قرار گرفتن قضات شامل آزاد بودن از مداخلات مقامات عالی داخل قوه قضائیه نیز می باشد. موضوع حساس در این خصوص رویه آتی اداره قضایی است، زیرا تشخیص تفاوت میان مداخله غیر مجاز و ناروا در رسیدگی به قضایا و اعمال ضمانت اجراها و تدابیر تأدیبی و انضباطی بسیار سخت خواهد بود.^{۱۸۵} در این خصوص، صلاحیت های اجرایی رئیس محکمه استیناف که در ماده ۳۶ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم از آنها یاد شده است، قابل انتقاد به نظر می رسد. مطابق ماده مذکور رئیس محکمه استیناف از جمله دارای صلاحیت رهبری و تنظیم فعالیت های محاکم و دیوان های مربوطه، توظیف موقت عضو یک دیوان به دیوان دیگر، توظیف موقت یکی از قضات محکمه استیناف به محاکم ابتدائیه در صورت ضرورت، تفویض صلاحیت رسیدگی قضیه ای خاص از یک دیوان به دیوان دیگر عندالاجتضاء و توحید تجارب قضایی دیوان های مربوط می باشد. از آنجا که مفهوم صلاحیت اخیر (توحید تجارب قضایی دیوان های مربوط) مبهم به نظر می رسد، تمام این صلاحیت ها را باید به نحو محدود و مضیق توأم با حداکثر رعایت و توجه به ضرورت استقلال فردی قضات تفسیر نموده و تطبیق کرد. در واقع حمایت از استقلال فردی هر یک از قضات باید اولویت اصلی رئیس ستره محکمه باشد.

در نتیجه یک قضیه تنها در صورتی باید از یک دیوان به دیوان دیگر احاله گردد که به حیث مثال به دلیل مرض یا به مخاطره افتادن بی طرفی محکمه در یک قضیه خاص، دیوان ذیصلاح مناسب تلقی نگردد.

^{۱۸۴} بنگرید به رهنمود ماکس پلانک برای اخلاق قضائی، نوشته تیلمن رودر.

^{۱۸۵} برای مطالعه برخی مثالهای واضح در این باره مراجعه کنید به:

S. Lubet, "Judicial Discipline", note 179. S. Lubet, "Judicial discipline and judicial independence," *Law and Contemporary Problems* vol. 61 (1998), 59 et seq.

انتقال قضات به محاکم دیگر، اصولاً باید با رضایت و موافقت قاضی مربوط صورت گیرد. اختیارات و صلاحیت‌های گسترده رئیس محاکم استیناف به راحتی می‌تواند مورد سوء استفاده قرار گرفته و منجر به نقض استقلال فردی قضات گردد، به نحوی که به حیث مثال ممکن است یک قاضی که تصمیمی بر خلاف تمایل رئیس محاکم استیناف اتخاذ نموده است، به عنوان مجازات به یک محکمه ابتدائیه دور دست فرستاده شود. از طرف دیگر، این امر نیز قابل قبول نیست که قضات کلیه نقل و انتقالات رد را کنند؛ بدون آنکه هیچ گونه امکان مدیریت قضایی استقلال فردی قضات جهت اجرای تصمیم از طریق تدابیر تادیبی وجود داشته باشد. به منظور تضمین اجرای تصمیم صحیح بدون نقض استقلال فردی قضات، به نظر می‌رسد مناسب تر آن است که از یک طرف صلاحیت‌های گسترده روسای محاکم به ارگان دیگری که جایگاه مناسب تری جهت حمایت از استقلال فردی قضات در مقابل سوء استفاده دارد احاله شود و از طرف دیگر مدیریت موثر محاکم تامین و تضمین گردد.

به حیث مثال، کمیته‌هایی از قضات محاکم مشخص جهت انجام این وظایف بسیار مناسب می‌باشند. اعضای قضایی چنین کمیته‌هایی نه تنها در رابطه با مسایل مطروحه در محاکم ذیربط به خوبی تبحر دارند، بلکه نظر به کنترل متقابل اعضاء، بر ارگان علمی برای حمایت از استقلال فردی قضات بسیار مناسب تر می‌باشد.

یک مشکل واقعی در ارتباط به مصئونیت قضات از مداخله و تاثیر گذاری ناروا، که در کشورهای در حال گذار بسیار شایع است ناظر به پدیده «عدالت تلفنی»^{۱۸۶} است. این اصطلاح ناظر به اقدام آن دسته از مقامات مافوق در قوه قضائیه است که از طریق تلفن به قضات دستور می‌دهند چگونه در رابطه با یک قضیه خاص تصمیم بگیرند.

چنین اتفاقاتی موجب نگرانی بسیار راجع به ادراک مفهوم سلوک قضایی در رده‌های بالای خود قوه قضائیه می‌گردد.^{۱۸۷} چنین دساتیری موجب نقض استقلال قضات مربوطه شده و در نتیجه ناقض موازین بین المللی است. در افغانستان، چنین اقداماتی موجب نقض قوانین

¹⁸⁶ Cf. also Michal Bobek, "The Fortress of Judicial Independence and the Mental Transition of the Central European Judiciaries," *European Public Law*, Vol. 14 (2008), 99 et seq., 102.

¹⁸⁷ Cf. also Michal Bobek, "The Fortress of Judicial Independence and the Mental Transition of the Central European Judiciaries," *European Public Law*, Vol. 14 (2008), 99 et seq., 102.

افغانستان نیز می باشد. این گونه مقامات مافوق با چنین اقداماتی نه تنها وظایف حرفوی خود را نقض می کنند، بلکه باید مشمول تدابیر تادیبی نیز قرار گیرند. سایر اشکال نقض وظایف حرفوی، اظهارات و بیانات علنی و عمومی مقامات مافوق است که طی آن از برخی محاکمات جاری اعلام عدم رضایت نموده و از این طریق تلاش می کنند بر نتیجه محاکمات تاثیر گذار باشند. چنین اقداماتی موجب تحقیر و اهانت به محاکم است و باید مشمول ضمانت اجراهای تادیبی قرار گیرند. به هنگام اخذ تصمیم در رابطه با یک قضیه در جلسه، قاضی حاکم پروسه قضایی است و هیچ مقام مافوقی نباید در نتایج (رسیدگی) دخالت نماید.

تنها درخواست استیناف می تواند به نحو قانونی موجب عدم اجرای تصمیم یک محکمه گردد. این نکته باید مورد تاکید قرار گیرد که نه استیناف طلبی و نه درخواست فرجام یا هر گونه اقدام قانونی دیگر جهت بررسی تصمیم قضایی، نقض استقلال قضایی تلقی نمی گردد. این تدابیر، وسایلی جهت کاهش امکان اتخاذ تصمیم غلطی محاکم بوده و به منظور ارتقاء و تقویت توحید رویه قضایی ملی مورد استفاده قرار می گیرند. هر دو جنبه فوق الذکر برای انطباق رسیدگی های قضایی با قانون، ضروری می باشند. استقلال قضایی به قضات هیچ گونه حق اتخاذ تصمیم غلطی را نمی دهد، لیکن از قضات در مقابل دخالت های خارجی به هنگام اتخاذ تصمیم راجع به یک قضیه حمایت می کند.

۲-۳. امنیت و معاش قضات

وظیفه تأمین امنیت قضات و اداره آنها بر عهده وزارت امور داخله و سایر مراجع ذیربط است (فقره ۱ ماده ۷۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). رویه عملی نشان خواهد داد که وزارت امور داخله به وظیفه خود در این خصوص چگونه عمل خواهد کرد.

راجع به تأمین امنیت در خود محکمه، ترجیح آن است که واضح گردد قاضی یا رئیس دیوان دارای قدرت و اختیار حفظ نظم در محل رسیدگی قضایی (محکمه) بوده و صلاحیت صدور دستور توقیف اشخاص مزاحم و مخل نظم محکمه را نیز دارد و می تواند به کارکنان ذیربط جهت حفظ امنیت محکمه صریحاً دستور بدهد.

در خصوص معاش قضات ماده ۱۵۵ قانون اساسی افغانستان و ماده ۷۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم پیش بینی نموده اند که اعضای ستره محکمه و نیز قضات عادی مستحق

معاش مناسب می‌باشند. با این حال، احتمالاً چند سال طول خواهد کشید تا به این تعهد دولت افغانستان به طور کامل عمل شود.

۴-۲. آموزش و تربیه حرفوی

یک جنبه مهم دیگر از استقلال قضایی آموزش و تربیه حرفوی کافی قضات است. این مشکلی است که مخصوصاً در کشورهایی که یک دوره طولانی جنگ و نزاع را پشت سر گذاشته و نیروهای تحصیل کرده و ماهر خود را از دست داده‌اند، وجود دارد.

همانگونه که ذکر گردید استقلال قضایی هیچگونه پایانی ندارد؛ بلکه بسیار ضروری است که در اجرا و تطبیق قانون راجع به هر قضیه خاص نسبت به تأمین بی‌طرفی اقدام گردد. در حقیقت استقلال قضایی صرف در صورتی قابل قبول است که با التزام سرسختانه و دقیق قضات به قانون، صرف نظر از آنکه آن قانون مدون و مکتوب یا ناشی از عرف و عنعنات باشد، ترکیب گردد. یک قاضی که خود را محدود به رعایت قانون ننماید غیر قابل پذیرش است، زیرا وی قادر خواهد بود که به نحوی خودسرانه و بدون آنکه تحت هیچ کنترولی باشد، عمل کند. بنابراین، قاضی فاقد آموزش و تربیه حرفوی کافی از دو جهت مشکل آفرین خواهد بود. نخست، آنکه او در قضاوت حرفه‌ای خود بسیار متزلزل بوده و بنابراین بسیار مستعد تأثیرپذیری از فضا سازی‌های مطبوعات یا طرفین دعوی خواهد بود. دوم آنکه او ممکن است به اندازه کافی از قانون مطلع نبوده و یا حداقل دارای دانش کافی راجع به چگونگی تطبیق صحیح قانون نسبت به یک قضیه خاص نباشد و بنابراین ممکن است از استقلال قضایی خود با صدور فیصله‌های خودسرانه و غیر قانونی که مبتنی بر قانون نبوده بلکه احتمالاً و به عنوان مثال بر مبنای احساس همدردی یا تنفر می‌باشد، سوء استفاده نماید.^{۱۸۸}

پ) نتیجه

به طور خلاصه، قانون اساسی افغانستان و قانون جدید تشکیلات و صلاحیت محاکم زمینه قانونی ایجاد استقلال قضایی را فراهم کردند. اگرچه هنوز در این قوانین نقائصی وجود دارد، لیکن به نظر می‌رسد مهمترین مشکل برای استقلال قضایی مربوط به جنبه‌های

¹⁸⁸ Cf. also Michal Bobek, "The Fortress of Judicial Independence and the Mental Transition of the Central European Judiciaries," *European Public Law*, Vol. 14 (2008), 99 et seq., 110.

اجرایوی و عملی موضوع مانند فقدان امنیت و معاش کافی و آموزش و تربیه حقوقی ناکافی و نیز عدم آگاهی از نتایج استقلال قضایی و اهمیت آن در ذهن مقامات مافوق به حیث یکی دیگر از جدی ترین نقائص قابل بررسی در این خصوص است.

قضیه اول:

مطابق ماده ۱۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، محکمه حین رسیدگی به قضایا مستقل بوده و در صدور احکام صرف تابع قانون می باشد. در این قضیه، محکمه ولسوالی هنوز در حال رسیدگی به قضیه است. در صورت صدور حکم ناقص یا خطائی نهاد خاصی برای رسیدگی استینافی وجود دارد. تا زمانی که نسبت به فیصله صادره توسط محکمه ابتدائیه به دیوان تحت مسئولیت جمشید درخواست رسیدگی استینافی داده نشده است، او هیچ صلاحیتی جهت رسیدگی به این قضیه ندارد. اگرچه جمشید بر این عقیده است که فیصله محکمه ولسوالی خطا و غیر قانونی خواهد بود، لیکن او نباید در قضیه دخالت نموده و استقلال قضایی محاکم تحتانی که طبق ماده ۱۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم تضمین شده است را نقض نماید. همانگونه که شرح دادیم، تفسیر ناصحیح قانون که به صورت غیر عمد توسط یک قاضی صورت می گیرد نمی تواند موجب اعمال تدابیر انضباطی گردد، در غیر این صورت استقلال فردی قضات به شدت در معرض خطر قرار خواهد گرفت، زیرا آنها همواره در ترس از تلافی و انتقام مقامات فوق — که در عین حال خودشان نیز ممکن است دچار خطا شوند — که ممکن است مخالف احکام صادره آنها عمل کند، به سر می برند. بنابراین، اقدام جمشید غیر قانونی است و او خودش مرتکب یک تخلف انضباطی شده است.

قضیه دوم:

مشکل این قضیه در آن است که احمد فاقد شرایط ضروری و لازم برای شغل قضا می باشد. او شرایط ضروری اعلام شده در ماده ۵۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم را دارا نیست. بنابراین احمد به شدت تحت تأثیر سخنوری متهم قرار گرفته و در نتیجه بی طرفی او در معرض خطر است. در نتیجه قضیه مورد بررسی توسط او بر مبنای قانون نبوده بلکه با توجه به وقایع بیرونی است زیرا از دیدگاه او متهم بهتر از شاکی از حقوق خود مطلع می باشد؛ گرچه احمد دارای صلاحیت لازم برای تشخیص این که آیا قانون استدلال متهم را مورد تأیید قرار می دهد یا نه نمی باشد. بنابراین، تصمیم او خودسرانه و غیرقانونی است، زیرا فاقد استدلالهای واقعی و قانونی بوده است.

گفتار دوم: حاکمیت قانون

قضیه اول:

منزل احمد و محمود به دستور شاروالی کندوز باید تخریب گردد زیرا یک جاده جدید برای احداث در قطعه زمین آنها طراحی گردیده است. با این حال، احمد و محمود بر این عقیده‌اند که تصمیم به تخریب منزل آنها غیر قانونی است. آنها اقدام به اخذ نظریات و دیدگاههای چند نفر از استادان پوهنتون هرات نموده‌اند که موافق نظر احمد و محمود نیز بوده است. با این حال شاروالی توجهی به دیدگاهها و نظریات حقوقی مورد نظر آنان نمی‌کند؛ از نظر آنها آنچه که ضروری است مورد توجه قرار گیرد، همان حکم تخریب است. احمد و محمود گمان می‌کنند که یک قوماندان نظامی محلی برای ساختن یک حوض آب بازی (شنا) در مجاورت خانه‌اش می‌خواهد اقدام به تخریب خانه آنان کند. شما به حیث یک وکیل در کندوز کار می‌کنید و احمد و محمود تقاضای کمک شما را دارند. مشوره شما به آنها چیست؟

قضیه دوم:

حکومت اقدام به تصویب فرمانی کرده است که به موجب آن پناهندگانی که به هنگام بازگشت از کشورهای دیگر، در یکی از ولایات مستقر شده‌اند، حق ترک آن ولایت را ندارند. اقلیتی از نمایندگان در ولسی جرگه بر این عقیده‌اند که این فرمان غیر قانونی است. آنها می‌خواهند نسبت به بررسی قانونی بودن این فرمان اقدام شود. آنها چه اقدامی می‌توانند انجام دهند.

قانون اساسی افغانستان، حاکمیت قانون را به حیث یک اصل مبتنی بر قانون اساسی تأسیس نموده است.^{۱۸۹} اصل حاکمیت قانون در مقدمه قانون اساسی افغانستان ذکر گردیده است. علاوه بر این، اعتبار اصل حاکمیت قانون را می‌توان از احکام دیگر قانون اساسی افغانستان نیز استخراج و استنباط نمود. مقدمه قانون اساسی افغانستان حاکی از آن است که: «ما مردم

^{۱۸۹} برای مطالعه تفصیلی حاکمیت قانون لطفاً مراجعه کنید به: رامین مشتاقی، رهنمود ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، جلد اول، تشکیلات و اصول دولت، فصل سوم، مقدمه و گفتار چهارم، (حاکمیت قانون)، ترجمه حسین غلامی.

افغانستان ... به منظور ایجاد جامعه مدنی عاری از ظلم، استبداد، تبعیض و خشونت و مبتنی بر قانونمندی^{۱۹۰} [...]، این قانون اساسی را ... تصویب کردیم». اگرچه مقدمه قانون اساسی دارای ویژگی الزام آور به اندازه مواد قانون اساسی نمی باشد، لیکن بدون شک راهنمای مناسبی برای تفسیر متن قانون اساسی تلقی می گردد. در ضمن، در مواد ۲۲-۴۲ قانون اساسی فهرستی از حقوق بنیادین و اساسی اشخاص بیان گردیده است.

نقض این حقوق باید مبتنی بر قانون باشد تا از لحاظ قانونی معتبر و نافذ تلقی گردد. چنین دساتیری، مقدمه و شرط ضروری حاکمیت قانون می باشند، زیرا امکان بررسی قانونی اقدامات ناقض این حقوق را فراهم می کنند؛ یعنی امری که یکی از جنبه ها و ابعاد مهم حاکمیت قانون می باشد. علاوه بر این، استقلال قضایی که یکی دیگر از شرطهای ضروری اصل حاکمیت قانون می باشد، نیز صراحتاً در ماده ۱۱۶ قانون اساسی افغانستان شناخته شده است. سرانجام، جمله دوم ماده ۵۰ قانون اساسی اداره را مکلف می کند که اجراءات خود را مطابق به قانون عملی سازد؛ به عبارت دیگر اداره ملتزم به قانون و رعایت آن می باشد.

بنابراین، مقدمه قانون اساسی ایجاد جامعه ای مبتنی بر حاکمیت قانون را به حیث انگیزه ای برای طراحی و قبول قانون اساسی افغانستان بیان نموده و علاوه بر این قانون اساسی صراحتاً احکام متعدد دیگری که جزء آثار ضروری حاکمیت قانون می باشند را بیان کرده است. سرانجام، موافقت نامه بن بر ایجاد قوه قضائیه مطابق به حاکمیت قانون تاکید می نماید.^{۱۹۱} در نتیجه، می توان حاکمیت قانون را به حیث یکی از اصول قانون اساسی افغانستان تلقی نمود.

با وجود برخی تفاوتها در ارتباط به آثار و نتایج دقیق حقوقی و سیاسی این اصل، مفاهیم متفاوت حاکمیت قانون در نظام های مختلف حقوقی ناشی از نگرانی ها و توجهات مشترکی جهت مهار و کنترل قدرت سیاسی می باشد. این توجه و نگرانی مبتنی بر ویژگی ذاتی جایز الخطا بودن و امکان استبداد ورزیدن انسان است، یعنی مسأله ای که در آثار فلاسفه قدیمی که بر این عقیده بودند که حکومت از طریق قانون برتر از حکومت توسط افراد است، مورد بحث قرار گرفت. در نتیجه، مفهوم حاکمیت قانون ناظر به مسأله اعمال محدودیت های موثر بر کیفیت تطبیق قدرت عمومی جهت حفاظت از حقوق و آزادی های

^{۱۹۰} تأکید از مولف است.

^{۱۹۱} ماده ۱-۱۱ موافقت نامه بن.

شهروندان است. به حیث یک آرمان سیاسی که حاکی از کیفیت اداره نهادهای حقوقی و ایجاد و تطبیق قواعد حقوقی در یک جامعه می‌باشد، مفهوم حاکمیت قانون، یک مفهوم باز و بی انتها است که همواره مورد بحث بوده و جهت تأمین نیازهای در حال تغییر یک فضای سیاسی حقوقی، باید همیشه باز تعریف شود. ۱۹۲

بنابراین، ساحه دقیق این اصل به شدت در میان محققان مورد بحث است و آثار و نتایج آن منوط به سنت سیاسی و حقوقی غالب و حاکم در یک کشور معین است. در نتیجه، توضیحات آتی به هیچ وجه به معنای نتیجه‌گیری قطعی از این اصل و آثار آن نبوده و بنابراین ممکن است ناظر به شرح تمام ابعاد این اصل در نظام حقوقی افغانستان نباشد. به علاوه، نقطه تمرکز اصلی در شرح و تفسیر این اصل همان معنای محوری و مرکزی آن است که در دانش حقوقی بین المللی یا بیشتر نظامهای حقوقی که این اصل را پذیرفته اند، به نحو گسترده‌ای به رسمیت شناخته شده است. از طریق شرح و تفصیل محتوای محوری و مرکزی این اصل، رهنمود حاضر به هیچ وجه مایل نیست که تطبیق اصل مذکور در افغانستان را محدود به چنین قضایا و مواردی نماید. بلکه رهنمود فعلی در تلاش است تا محتوای اصلی و محوری اصل مذکور را مورد مطالعه و تدقیق قرار دهد، به نحوی که جهت حصول به مقصود و هدف اصل حاکمیت قانون یعنی همان تحدید کیفیت اجرای قدرت عمومی برای حمایت از حقوق و آزادی‌های شهروندان مورد استفاده قرار گیرد.

سابقه استعمال اصطلاح «حاکمیت قانون» به پروفیسور انگلیسی حقوق آ. وی. دیسی بر می‌گردد که این اصل را چنین تعریف نموده است:

«منظور ما، در نقطه اول، آن است که هیچ انسانی قابل مجازات نیست یا به نحو قانونی متحمل ضرر و زیانی بر جسم و اموال خود نباید شود مگر آنکه به نحو مشخص اقدام به نقض قانونی نماید که طی یک روش معمول و متعارف حقوقی نزد یک محکمه عادی کشور ایجاد شده است. در این معنا حاکمیت قانون با هر گونه نظام حکومتی که مبتنی بر اختیار و اقتدار گسترده اشخاص، استبداد یا صلاحدید قوای زور است مغایرت دارد»

و [...]

¹⁹² R.Grote, "Rule of Law, Rechtsstaat and 'Etat de droit,'" in: Christian Starck (ed.) *Constitutionalism, Universalism and Democracy*, 1999, 269et seq., 270.

«در نقطه دوم، وقتی درباره حاکمیت قانون صحبت می‌کنیم، منظور ما این است که [...] نه تنها از دیدگاه ما هیچ شخص بالاتر از قانون نیست، بلکه (آنچه که متفاوت است) در اینجا هر انسان، موقعیت یا شرایط او هر چه که باشد، تحت حاکمیت قانون عادی یک کشور قرار داشته و در مقابل محاکم عادی مسئول و پاسخگو می‌باشد».^{۱۹۳}

جنبه‌های مختلف حاکمیت قانون را می‌توان از این بیان و تشریح استادانه استخراج کرد. ابتدا و پیش از همه، باید ساحه‌ای از آزادی‌های شخصی که توسط قوانین حمایت و تضمین شده است، وجود داشته باشد.

دوم آنکه قوای دولتی باید ملتزم و مقید به قانون باشند و سوم آنکه اقدامات دولت که بر ساحه حقوق و آزادیهای فردی تأثیر گذار است باید مبتنی بر قانون و قابل بررسی حقوقی باشد تا انطباق آن با قانون تضمین و تأمین گردد. زیرا در صورت عدم امکان بررسی توسط یک نهاد سوم و عدم توجه به نتایج نقض قانون توسط قوه اجرائیه، تأثیر حاکمیت قانون صرف تحت اراده قوه اجرائیه قرار خواهد گرفت. سرانجام آنکه مطابق توضیح و تحلیل «دیس» حاکمیت قانون مستلزم رعایت تساوی در برابر قانون نیز می‌باشد، به گونه‌ای که همه اشخاص تحت شمول قانون قرار گرفته باشد. اگر قوه اجرائیه یا به حیث مثال پادشاه به عنوان رئیس دولت تحت شمول قانون نباشند به سختی می‌توان از حاکمیت قانون سخن گفت، زیرا در این صورت امکان سوء استفاده مستبدانه از قدرت بدون هر گونه نتایج و عواقبی وجود دارد.

در یک بررسی نزدیکتر، ضرورت تفکیک قوا و استقلال قضایی را نیز می‌توان از توضیح و تحلیل «دیس» استخراج و استنباط نمود. هر سه قوه دولتی (مقننه، اجرائیه و قضائیه) به نحو جداگانه‌ای مورد اشاره قرار گرفته و بسیار دارای اهمیت است که صلاحیت‌ها و وظایف جداگانه‌ای داشته باشند. این درک و فهم از حاکمیت قانون موافق با بیان و گفتار مشهوری است که معمولاً^{۱۹۴} در ارتباط به حاکمیت قانون نقل شده و بخشی از قانون

¹⁹³ A. V. Dicey / E. C. S. Wade, Introduction to the Study of Law of the Constitution, 1948, 202.

¹⁹⁴ به عنوان مثال مراجعه کنید به:

T. M. Reavley. "The Rule of Law for Judges," *Pepperdine Law Review* 79 (2002), 79 et seq. (80).

اساسی «ماساچوست» است. به گونه‌ای که مطابق آن: در حکومت کشورهای مشترک المنافع بخش تقنینی هرگز نباید صلاحیت قوای اجرائیه و قضائیه یا هر کدام از آنها را اعمال و اجرا نماید؛ قوه اجرائیه نباید هرگز صلاحیت‌ها و اختیارات قوای مقننه و قضائیه یا هر کدام از آنها را اعمال کند؛ قوه قضائیه هرگز نباید اختیارات قوای مقننه و اجرائیه یا هر کدام از آنها را اعمال کند؛ نتیجه این امر ممکن است حاکمیت قانون باشد نه حاکمیت اشخاص.^{۱۹۵}

وظیفه تفویض شده به قوه قضائیه یعنی بررسی اقدامات قوه اجرائیه از جهت نقض حقوق فردی، مستلزم وجود استقلال قضایی جهت تأمین و تضمین تضامین بیطرفانه توسط ارگانی است که تحت تأثیر منافع و مصالح ارگانهای اجرایی در یک قضیه خاص نمی‌باشد. اگر قوه قضائیه قابلیت و ظرفیت این را داشت که بیش از آنکه مطابق قانون عمل کند، تحت تأثیر منافع و مصالح قوه اجرائیه باشد، بررسی قضایی صرف یک اقدام شکلی بدون محتوای واقعی می‌توانست باشد.

سرانجام آنکه، با توجه به ضرورتهای دولت مدرن و وظایف و وجایب پیچیده آن در امر مدیریت، نیاز غیر قابل انکاری جهت تفویض اختیار برخی وظایف تقنینی به قوه اجرائیه وجود دارد. بنابراین، به منظور تضمین انطباق اقدامات قوه اجرائیه با قواعد مربوط به این تفویض اختیار و از آن طریق جهت تأمین و تضمین رعایت اصل تفکیک قوا، نیاز به بررسی قضایی این مصوبات ناشی از تفویض اختیار به قوه اجرائیه وجود دارد تا مانع از نقض حقوق قوه مقننه توسط قوه اجرائیه گردد. بدین ترتیب فهم سنتی از حاکمیت قانون باید توسعه یافته و شامل چنین تغییراتی در صلاحیت‌ها نیز گردد.

در نتیجه، اجزا و عناصر مختلف حاکمیت قانون عبارتند از:

- حقوق بنیادین مردم، که تنها در صورتی که مبتنی بر قانون باشند امکان نقض آنها وجود دارد.
- تساوی در برابر قانون و عام الشمول بودن آن
- قدرت دولت از طریق امکان بررسی قضایی اقدامات موثر قوه اجرائیه بر حقوق شهروندان، مقید و ملتزم به رعایت قانون گردد.

- ایجاد امکان بررسی قضایی مقرراتی که توسط قوه اجرائیه جهت تنظیم امور ذیربط وضع می شود (موارد مربوط به تفویض اختیار وضع قانون به قوه اجرائیه).
- تحت شمول قانون بودن مراجع دولتی،
- تفکیک قوا.
- استقلال قضایی.

همانگونه که نشان داده شد، هر کدام از عناصر مختلف حاکمیت قانون به نحو نزدیکی به یکدیگر مرتبط و وابسته می باشند. اگر یکی از عناصر مذکور مدنظر قرار نگرفته یا کارکرد شایسته خود را از دست بدهد، اصل حاکمیت قانون در معرض خطر قرار می گیرد.

در قسمت بعدی، راجع به آثار و جنبه های خاص اصل حاکمیت قانون به تفصیل بحث خواهد شد. با این حال، نظر به اهمیت این آثار و ابعاد، رهنمود جداگانه و مستقلی راجع به کیفیت محدود شدن حقوق بنیادین و اجراءات مربوط به آن که صرف به موجب قانون باید صورت گیرند، وجود دارد. بنابراین، در ادامه به این جنبه از حاکمیت قانون پرداخته نمی شود.

الف) تساوی در برابر قانون و عام الشمول بودن قانون

ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان بیان می کند که هر تبعه افغانستان اعم از زن و مرد، در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی می باشد. هر نوع تبعیض و اعطای امتیازات ممنوع است. ماده ۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم حکم نماید که رسیدگی و اصدار حکم توسط محاکم بر اساس اصل تساوی طرفین در برابر قانون و محکمه و رعایت عدالت و بی طرفی صورت می گیرد. با ملاحظه این مواد و احکام مربوط به محاکمه و استیضاح مقامات حکومتی^{۱۹۶}، این احکام تساوی در برابر قانون در نظام حقوقی افغانستان را اعمال نموده و واضح و آشکار می سازند که همه اشخاص به شمول رئیس جمهور تحت حاکمیت قانون قرار دارند.

ب) بررسی قضایی نقض و مداخله در حقوق فردی توسط قوه اجرائیه

۱۹۶ ماده ۶۹ قانون اساسی در ارتباط به ریاست جمهور، ماده ۷۸ در رابطه به وزراء،

ماده ۱۲۷ در خصوص رئیس و اعضای ستره محکمه.

جهت ارتقای حاکمیت قانون، حداقل اقدامات قوه اجرائیه که مستقیماً و به نحو زیانباری بر حقوق فردی تأثیر می گذارد باید مشمول بررسی قضایی قرار گیرد.

در قضایای جزایی به موجب بند ۲ ماده ۳۱ قانون اساسی هر مظنون حق درخواست رسیدگی به حبس خود را دارد.^{۱۹۷}

راجع به طرز العمل علیه مستخدمان عمومی ماده ۱۲۰ قانون اساسی افغانستان و ماده ۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم صراحتاً اعلام می کنند که صلاحیت محاکم شامل رسیدگی تمام دعوی است که از طرف اشخاص حقیقی یا حکمی به شمول دولت، اعم از آن که مدعی یا مدعی علیه باشند، اقامه می شوند. اگرچه این احکام، صلاحیت محاکم برای بررسی دعوی که یک طرف آن دولت است را صراحتاً بیان نموده اند، اما مشخص نیست که کدام محکمه یا دیوان حسب مورد در عمل دارای صلاحیت رسیدگی می باشد. قانع کننده ترین راه حل آن است که دیوان حقوق عامه از محاکم ابتدائیه مراکز ولایات^{۱۹۸} در مرحله اول و دیوان حقوق عامه از محاکم استیناف^{۱۹۹} و دیوان مدنی و حقوق عامه^{۲۰۰} در مرحله استیناف طلبی دوم (فرجام) از جهت رسیدگی شکلی به صحت تطبیق قانون، مراجع ذیصلاح می باشند. ماده ۴۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم حکم می کند دیوان های حقوق عامه ی محاکم ابتدائیه ولایت دارای صلاحیت بررسی قضایای مدنی مورد اختلاف میان اشخاص حقیقی و حکمی یا میان اشخاص حکمی می باشند.

اگرچه ماده ۴۲ ق.ت.ص.م.ا. صراحتاً از نهادهای دولتی یاد نکرده است، لیکن می توان از ماده ۱۲۰ قانون اساسی افغانستان که طبق آن دولت و نهادهای آن تحت شمول اشخاص حکمی در اصطلاح حقوقی افغانستان قرار گرفته اند، چنین استنباطی را به عمل آورد. این استنباط با توجه به ماده ۳ ق.ت.ص.م.ا. مورد تأیید قرار می گیرد که در آن به تعیین و تنظیم ساحه صلاحیت های قوه قضائیه پرداخته شده و صریحاً شامل رسیدگی به دعوی علیه دولت می گردد. بدین ترتیب، یکی از محاکم مذکور در قانون باید صلاحیت رسیدگی به

^{۱۹۷} برای توضیح بیشتر در مورد این نهاد اساسی موسوم به habeas corpus بنگرید

به الکساندر گور، رامین مشتاقی، ماندانا کنوست، رهنمود ماکس پلانک برای موازین محاکمه عادلانه.

^{۱۹۸} شماره ۳ فقره ۱ ماده ۴۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم.

^{۱۹۹} نمبر ۳ فقره ۱ ماده ۴۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم.

^{۲۰۰} نمبر ۲ فقره ۱ ماده ۱۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم.

قضایای مربوطه را داشته باشد که بهترین محکمه در این خصوص دیوانهای حقوق عامه می باشند، زیرا اصطلاح «حقوق عامه» دلالت ضمنی یک دعوی دارد که اداره به حیث مدعی یا مدعی علیه درگیر آن می باشد. به علاوه، توجه به جنبه های تاریخی قضیه نیز این عقیده را تقویت می نماید، زیرا قانون قبلی مربوط به صلاحیت و تشکیلات محاکم (۱۹۶۷) پیش بینی نموده بود که دیوانهای حقوق عامه^{۲۰۱} محاکم مختلف صلاحیت رسیدگی به دعوی علیه دولت را دارند. بنابراین، منطقی به نظر می رسد که دیوانهای مذکور هنوز دارای صلاحیت رسیدگی به این گونه دعوی باشند.

قانون دیگری که به تنظیم صلاحیت ستره محکمه برای بررسی قضایی مصوبات اجرایی می پردازد فقره ۵ و ۶ ماده ۲۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم در ارتباط به رسیدگی ستره محکمه به اعاده متهمین و مجرمین خارجی و افغانها به دولت های دیگر است.

با این حال، کلیه مقررات و احکام مذکور صرف به تنظیم صلاحیت های ناظر بر بررسی قضایی اقدام نموده اند و هیچ کدام آنها به تنظیم و تعیین حق طرح دعوی نپرداخته، شرایط و مقدمات ضروری که بر اساس آنها چنین حقی باید تأمین و تصدیق گردد را رها کرده اند. حکمی که به اتباع حق اقامه دعوی فردی و طرح این ادعا که حقوق بنیادین آنها بوسیله اقدامات دولتی نقض شده است را بدهد، در قانون اساسی، قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم افغانستان یا در سایر قوانینی که به تنظیم فعالیت ارگان های دولتی می پردازند مانند قانون جدید پولیس،^{۲۰۲} وجود ندارد. این امر یکی از دلایل عدم رسیدگی قضایی به اقدامات قوه اجرائیه توسط محاکم است.^{۲۰۳} این یک نیاز فوری است که یک قانون در سریعترین زمان ممکن راجع به اجراءات محکمه اداری به شمول حق طرح دعوی هر تبعه ای که از اقدامات قوه اجرائیه متضرر شده است تدوین گردد.

^{۲۰۱} فقره ۳ ماده ۱۹ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۹۶۷) راجع به دیوانهای محاکم استیناف، ماده ۳۶ ب قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۹۶۷) راجع به محکمه عالی مرکزی استیناف و ماده ۴۴ س قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۹۶۷) راجع به محاکم ولایتی.

^{۲۰۲} فرمان ریاست جمهوری شماره ۷۵ نشرات جریده رسمی شماره ۸۶۲

^{۲۰۳} اطلاعات حاصله از طریق مصاحبه با دکتر کوآن از کمیسیون مستقل خدمات مدنی در تاریخ ۲۷ فبرایری ۲۰۰۶.

پ) بررسی قضایی تفویض صلاحیت وضع مقررات به قوه اجرائیه

به منظور ایجاد و تقویت حاکمیت قانون، ایجاد پروسه (طرزاعمال) بررسی قضایی جهت تعیین این موضوع که آیا قوه اجرائیه از اختیار تفویض شده به آن جهت وضع مقررات، تجاوز نموده است یا نه، نیز قابل توصیه باشد.

در مقایسه با سایر نظام های حقوقی، قانون اساسی افغانستان، قوه اجرائیه را دارای اختیارات گسترده ای جهت وضع مقررات نموده است، اختیاری که بدون هرگونه تعاملی با پارلمان قابل استفاده است. این گونه اعطای اختیارات وسیع به خودی خود در ارتباط به تفکیک قوا و در نتیجه حاکمیت قانون تا حدودی مشکل آفرین است.^{۲۰۶} ماده ۷۶ قانون اساسی به حکومت این اختیار را می دهد که مقرراتی را برای تطبیق خطوط اساسی سیاست کشور و تنظیم وظایف خود، فقط به شرط آن که این مقررات مناقض نص یا روح هیچ قانون نباشد، وضع کند. چنین اختیار گسترده ای باید حداقل با اعمال بررسی قضایی شدید، تا حدودی ملایم و نرم گردد.

مطابق ماده ۱۲۱ قانون اساسی و فقره ۱ ماده ۲۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم ستره محکمه صلاحیت بررسی مطابقت قوانین عادی، فرامین تقنینی و معاهدات بین المللی را با قانون اساسی و نیز صلاحیت تفسیر آنها را دارد. معهدا، این فرامین تقنینی دارای کارکرد قوانین رسمی بوده و مترادف و مساوی با مقرراتی که حکومت مطابق با ماده ۷۶ قانون اساسی می تواند وضع کند، نمی باشد.^{۲۰۷}

اصطلاح «فرامین تقنینی» ناظر به شکل خاصی از مقررات وضع شده توسط قوه اجرائیه است که توسل به آن یکی از خصوصیات نظام حقوقی دوره موقت یا انتقالی است^{۲۰۸} یعنی دوره ای که هنوز پارلمان تأسیس نشده است. بعد از افتتاح و شروع به فعالیت پارلمان نخست، فرامین تقنینی تنها در موارد استثنایی ناظر به حالت اضطرار و طبق ماده ۷۹ قانون

²⁰⁶ R. Grote, "Separation of Powers in the New Afghan Constitution," *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 64 (2004), 897 note 48, 909.

²⁰⁷ این استنباط با اصطلاح حقوقی استفاده شده در نظام حقوقی ایران نیز مرتبط است

زیرا مقررات مصوب توسط حکومت را نیز مقررات می نامند، در حالی که

اصطلاح قانون صرف برای مصوبات قوه مقننه استفاده می شود. بنگرید به: جعفری

لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۱۳۸۳، ۶۷۹.

²⁰⁸ در ارتباط به این فرامین تقنینی بنگرید به ماده ۱۵۹ قانون اساسی افغانستان.

اساسی افغانستان می‌توانند وضع و صادر گردند. بنابراین، نظر به فرامین اجرایی معمول (مقررات)، که بیانگر مجموعه اقدامات تقنینی قوه اجرائیه است، هنوز هیچگونه امکانی جهت بررسی قضایی مستقیم این اقدامات وجود ندارد. در این خصوص صرف امکان بررسی اتفاقی آنها در محاکم در پروسه عادی وجود دارد زیرا محاکم متعهد و ملتزم به رعایت قانون می‌باشند نه فرامین تقنینی (ماده ۱۳۰ قانون اساسی). در نتیجه، آنها می‌توانند تصمیم به عدم اجرای فرامین غیرقانونی بگیرند. با این حال، چنین کنترل غیر مستقیم به سختی برای تأمین حاکمیت قانون کافی تلقی می‌شود. همچنین باید به طور خلاصه ذکر نمود که اجراءات ستره محکمه به هنگام بررسی مطابقت قوانین عادی وفق ماده ۱۲۱ قانون اساسی و فقره ۱ ماده ۲۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم هنوز توسط قانون تنظیم و تعیین نشده است.

قضیه اول:

ماده ۱۲۰ قانون اساسی افغانستان و ماده ۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم حکم می‌نمایند که صلاحیت محاکم شامل رسیدگی به تمام دعاوی است که از طرف اشخاص حقیقی یا حکمی به شمول دولت به حیث مدعی یا مدعی علیه در پیشگاه محکمه مطابق به احکام قانون اقامه شود. به علاوه، ماده ۵۱ قانون اساسی افغانستان نیز بیان می‌کند هر شخص که از اداره بدون موجب متضرر شود، مستحق جبران خساره می‌باشد و می‌تواند برای حصول آن در محکمه دعوی اقامه کند. اگرچه این احکام تعیین کننده صلاحیت محاکم جهت بررسی دعاوی شامل دولت به حیث یک طرف از آنها می‌باشد، لیکن این که کدام محکمه یا دیوان حسب مورد صلاحیت رسیدگی به این قضایا را دارد، قابل بحث است. قانع کننده‌ترین و پذیرفته‌ترین راه حل آن است که دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه مراکز ولایات^{۲۰۹} در مرحله اول، دیوان حقوق عامه محاکم استیناف^{۲۱۰} در مرحله دوم (استینافی) و دیوان مدنی و حقوق عامه ستره محکمه در رسیدگی فرجامی از جهت رسیدگی به تطبیق صحیح قانون، مراجع ذیصلاح جهت رسیدگی به قضایای مربوط به حقوق اداره می‌باشند. با این حال، هنوز هیچ مقرره، قانونی جهت تنظیم اجراءات مربوطه در

^{۲۰۹} شماره ۳ فقره ۱ ماده ۴۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم.

^{۲۱۰} شماره ۴ فقره ۱ ماده ۳۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم.

این خصوص و بیان حقوق شهروندان (اتباع) جهت اقامه این گونه دعاوی، جز ماده ۵۱ قانون اساسی افغانستان وجود ندارد. با این حال، ماده ۵۱ قانون اساسی افغانستان در رابطه با قضیه مورد بررسی ما کمکی نمی تواند ارایه دهد، زیرا احمد و محمود می خواهند بیش از آنکه تقاضای جبران خساره نمایند، از تخریب منزل خود جلوگیری کنند. بنابراین، تمام آنچه که شما می توانید انجام دهید این است که به احمد و محمود توصیه نمایید که در دیوان حقوق عامه محکمه ابتدائیه مرکز ولایت اقامه دعوی کنند. ممکن است این دیوان در ارتباط به قضیه مذکور اتخاذ تصمیم نماید. در غیر این صورت امکان آن وجود دارد که هر سه مرحله رسیدگی در قوه قضائیه را جهت حصول به نتیجه یا حداقل جهت تحریک و تهییج به تعدیل قانون در این رابطه آزمایش کنند. این قضیه به صراحت نشان دهنده مشکلاتی است که شهروندان ممکن است تا زمانی که اقدام به بررسی موثر اقدامات قوه اجرائیه صورت نگرفته است، با آنها روبرو شوند.

قضیه دوم:

ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان، به حکومت و محاکم تحتانی صلاحیت تقاضای بررسی قوانین، معاهدات بین الدول و میثاق های بین المللی را از جهت انطباق با قانون اساسی در نزد ستره محکمه اعطا نموده است.

با وجود این، بررسی اقدامات عادی و معمول قوه اجرائیه تحت شمول ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان نمی باشد. اصطلاح «فرامین تقنینی» ناظر به شکل خاصی از مقررات وضع شده توسط قوه اجرائیه است که توسل به آن یکی از ویژگی های نظام حقوقی دوره موقت یا انتقالی است؛^{۲۱۱} یعنی دوره ای که هنوز پارلمان تأسیس نشده است. بعد از افتتاح و شروع به فعالیت پارلمان نخست، فرامین تقنینی تنها در موارد استثنایی ناظر به حالت اضطرار و طبق ماده ۷۹ قانون اساسی وضع و صادر می گردند. بنابراین، نظر به فرامین اجرایی معمول (مقررات)، که بیانگر مجموعه اقدامات تقنینی قوه اجرائیه است، هنوز هیچگونه امکانی جهت بررسی قضایی مستقیم این اقدامات وجود ندارد. به حیث یکی دیگر از موانع اعمال بررسی قضایی توسط نمایندگان، به طور کلی دو مجلس شورای ملی دارای اختیار شروع به بررسی قضایی قوانین یا فرامین تقنینی به ترتیب مذکور در ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان نمی باشند. بنابراین، نمایندگان صرفاً می توانند به ابزارها و تدابیر سیاسی جهت مبارزه با فرامینی که از نظر آنها غیر قانونی است، متوسل گردند. آنها می توانند وزیر مربوطه

^{۲۱۱} در ارتباط به این فرامین تقنینی بنگرید به ماده ۱۵۹ قانون اساسی افغانستان .

را مورد استیضاح قرار داده و از طریق رأی عدم اعتماد قوه اجرائیه را مجبور به لغو فرمان مورد اختلاف طرفین نمایند. اگر اکثریت نمایندگان یک فرمان را غیر قانونی تلقی کنند ولسی جرگه می تواند اقدام به وضع یک قانون که جانشین آن فرمان می گردد نماید، زیرا فرامین تقنینی وفق ماده ۷۶ قانون اساسی نباید مناقض نص یا روح هیچ قانون باشند. با این حال، در این گونه موارد نمایندگان باید احتمال رد (وتو) مصوبات خود توسط رئیس جمهور را مدنظر قرار دهند. در هر حال، نظر به اصل حاکمیت قانون، در صورتی که مجلس می توانست صلاحیت تقاضای بررسی قضایی فرامین تقنینی را از جهت ارزیابی قانونی یا غیر قانونی بودن آنها داشته باشد، بسیار مرجح بود.

گفتار سوم: سایر موازین بین المللی

قضیه اول:

به دلیل تعداد زیاد دوسیه های منتظر رسیدگی در محاکم و مدت زمان نامقبول بیشتر رسیدگی ها مخصوصاً در مرحله رسیدگی استینافی، ولسی جرگه در حال تهیه طرح پیشنهادی قانونی جهت الغای حق استیناف طلبی در تمام قضایای جزائی جز در خصوص اعدام می باشد. شما به حیث یک مشاور حقوقی پارلمان انجام وظیفه می کنید و نظر شما در رابطه با این پیشنهاد پرسیده شده است. پاسخ شما چی خواهد بود؟

قضیه دوم:

مرشد قاضی محکمه ابتدائیه ولسوالی در ولایت اوروزگان است. روزی یک طفل یازده ساله متهم به سرقت گردید. مرشد اخیراً برخی مطالب راجع به محاکم اطفال شنیده است. با این حال، او دقیقاً نمی داند که آیا چنین محاکمی واقعاً وجود دارند؟ از دیدگاه او چنین افکار و اندیشه های جدیدی به کلی بی فایده می باشند. مشوره شما به مرشد چیست؟

الف) حق استیناف (مرافعه خواهی)

ماده ۷ قانون اساسی افغانستان، [دولت] این کشور را به رعایت تعهدات بین المللی متعهد و مکلف می سازد. به علاوه، مطابق توافقنامه بن، قوه قضائیه افغانستان باید مطابق به موازین (استانداردهای) بین المللی سازماندهی شود. استانداردهای بین المللی مربوط به سازماندهی قوه قضائیه و ساختار (چوکات) آن شامل موازین محاکم عادلانه می باشد. فقره ۱ ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی حق رسیدگی عادلانه را تضمین می کند. این اصل

هسته مرکزی تضمینات رسیدگی های مدنی و جزایی را تشکیل داده و مخصوصاً در ارتباط به قضایای جزایی، از طریق شناخت برخی حقوق در مواد ۱۴ و ۱۵ میثاق مذکور بیشتر توسعه یافته است.^{۲۱۲} با وجود این د، اکثر شرایط و مقدمات ضروری محاکمه عادلانه بیش از آنکه مربوط به ساختار و صلاحیت های محاکم باشند ناظر به قوانین شکلی و متنی مربوطه می باشند؛^{۲۱۳} از جمله جنبه های مرتبط با محاکمه عادلانه در ساختار قوه قضائیه، می توان از حق تجدید نظر خواهی در امور جزایی و شرایط و مقدمات خاص مربوط به محاکمات اطفال و نوجوانان یاد کرد. فقره ۵ ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی حاکی از آن است که: «هر کس مرتکب جرمی اعلام شود، حق دارد که اعلام مجرمیت و محکومیت او به وسیله یک محکمه عالی طبق قانون مورد رسیدگی واقع شود».

هدف از شناخت حق استیناف (مرافعه خواهی)، ایجاد امکان رسیدگی قضایی حداقل دو مرحله ای به یک قضیه است، به نحوی که دومین مرحله آن باید نزد یک محکمه (دیوان) بلندتر صورت پذیرد. تأیید یک فیصله توسط قاضی صادر کننده همان فیصله، موجب تحقق شرط ضروری رسیدگی استینافی توسط یک محکمه بلندتر نمی گردد.^{۲۱۴} همچنین رسیدگی های شکلی جهت بررسی صحت تطبیق قانون نیز چنین حقی را تأمین نمی نماید، بلکه حکم به محکومیت و مجازات باید از جهت قانونی و موضوعی (شکلی و ماهوی) مورد رسیدگی مجدد قرار گیرد.^{۲۱۵}

ماده ۳۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم متضمن الزام به ایجاد محاکم استیناف در سطح هر ولایت کشور افغانستان است. ماده ۳۳ قانون مذکور، محاکم استیناف را ملزم به بررسی فیصله ها و قرارهای محاکم تحتانی از طریق رسیدگی به تمام حالات و کوائف موضوعی و شکلی می کنند. تفصیل پروسه مرافعه خواهی و رسیدگی استینافی در قانون

²¹² M.Nowak, note 151,321.

²¹³ برای مطالعه تفصیلی موازین محاکمه عادلانه در نظام حقوقی افغانستان، لطفاً

مراجعه کنید به: الکساندر گوور / رامین مشتاقی / ماندانا کنوست، رهنمود ماکس

پلانک پیرامون موازین محاکمه عادلانه»، قابل دسترسی تحت آدرس اینترنتی

http://www.mpil.de/shared/data/pdf/maxplanckfairtrialmanual_2.ed_engl.pdf2005; F,Defferrad, L'Afghanistan et le process penal equitable, forthcoming.

²¹⁴ Nowak, see note 152, 349.

²¹⁵ Nowak, see note 152, 348.

اجراءات جزائی موقت برای محاکم^{۲۱۶} تنظیم گردیده و شرایط قانونی لازم برای اجرای موثر حق استیناف در نظام حقوقی افغانستان فراهم شده است. بنابراین، تشکیلات و صلاحیت فعلی محاکم امکان اجرای عملی و موثر حق استیناف (مرافعه خواهی) را ایجاد کرده است.^{۲۱۷} تنها حکم مشکل‌زا و دارای ایراد در این خصوص فقره ۵ ماده ۵۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم است که حق استیناف را محدود می‌کند. در ارتباط به اجرای این حق، درحالی که اولین شرط محدود کننده برای استیناف که مربوط به رعایت محدوده زمانی معین است،^{۲۱۸} فاقد هرگونه مشکلی و ایرادی می‌باشد، محدودیت دوم در این خصوص سؤال برانگیز و قابل بحث است. فقره ۵ ماده ۵۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم در صورتی که مجازات مذکور در حکم، جزایی نقدی الی پنجاه هزار افغانی باشد، امکان استیناف را منع نموده، حکم را قطعی اعلام می‌نماید. این موضوع قابل بحث است که آیا به طور کلی ایجاد محدودیت برای اجرای حق استیناف جز محدودیت مربوط به مدت زمان تقاضای رسیدگی استینافی منطبق با فقره ۵ ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی می‌باشد.^{۲۱۹} حق طرح تقاضای رسیدگی استینافی برای هر کس که محکوم به ارتکاب یک جرم (جزایی) گردیده است، محفوظ است، صرف نظر از آنکه شدت و سنگینی جرم ارتكابی تا چه اندازه بوده باشد.

در ارتباط به اجرای این حق نسبت به جرائم قباحت اینگونه استدلال شده است که تعیین امکان رسیدگی استینافی نسبت به محکومیت به این جرائم می‌تواند طبق مقررات قانون داخلی هر کشور صورت گیرد.^{۲۲۰} با این حال، بحث اصلی در خصوص پذیرش یا عدم پذیرش هرگونه استثنای از رسیدگی استینافی و محروم کردن اشخاص از چنین حقی، اصولاً ناظر به شدت و سنگینی یک مجازات است. در کشورهایی مانند افغانستان، که از

^{۲۱۶} فرمان شماره ۱۵۵ منتشره در جریده رسمی شماره ۸۲۰.

^{۲۱۷} برای مطالعه تفصیلی در این خصوص بنگرید به: الکساندر گور، رامین مشتاق و

ماندانا راسخ افشار کنوست، پاورقی ۲۲۱، فابریس دفاراد، پاورقی ۲۲۱.

^{۲۱۸} Guhr / Moschtaghi / Knust, see note 221.

^{۲۱۹} Nowak, see note 152, 350.

^{۲۲۰} در اقدامات مقدماتی جهت تدوین حقوق افراد در میثاق بین المللی حقوق مدنی

و سیاسی، در واقع نوعی محدودیت برای جرائم قباحت وجود داشت. با این حال، در پروسه تکمیل سند مذکور این استثنا مدنظر قرار نگرفته و در متن نهایی

نیز وجود ندارد مراجعه کنید به نوآک، پاورقی ۲۲۰، ۱۵۲، ۳۵۰ و بعد

۱۲۴ انطباق تشکیلات و صلاحیت محاکم با قانون اساسی، حقوق بین الملل و معاهدات بین الملل و موافقت نامه بن

فقر گسترده رنج می برد، نمی توان محکومیت به جزای نقدی الی ۵۰/۰۰۰ افغانی را مجازاتی خفیف تلقی نمود. بنابراین، وضع قانون متفاوت دیگر جهت انطباق با فقره ۵ ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی قابل توصیه به نظر می رسد.

ب) محاکمات اطفال

فقره ۴ ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی دولت های عضو را متعهد می کند که محاکمات (اجراآت) جزایی اطفال را با رعایت سن و مصلحت اصلاح و تربیت مجدد آنان تعیین و تنظیم نمایند. این موضوع در ماده ۴۰ میثاق حقوق طفل که افغانستان نیز آنرا تصویب کرده است، تکرار گردید. دولت ها صراحتاً ملزم به ایجاد محاکم اطفال نیستند.^{۲۲۱} با این حال، دولت های عضو باید اطمینان حاصل نمایند که محاکمات جزایی اطفال به شیوه ای اجرا می گردند که متفاوت از محاکمات کلان سالان بوده و در راستای تأمین مصالح صغار و اصلاح و تربیت مجدد آنها می باشد.

فقره ۱ ماده ۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال، اصلاح و تربیت اطفال معارض با قانون را به حیث یکی از اهداف آن قانون بیان می کند. به علاوه، فقره ۳ ماده ۲۶ قانون مذکور پیش بینی نموده است که قضات محکمه اختصاصی اطفال باید دارای شرایط و صفات ویژه ای مانند تجربه خاص و آموزش مسلکی و تجربه کافی در ارتباط به محاکم اطفال باشند. بنابراین، شرایط ضروری برای تحقق محاکمه عادلانه صغار از جهت تشکیلات مناسب برای محاکم اطفال در قوانین مربوطه افغانستان تأمین گردیده است.^{۲۲۲}

²²¹ Nowak, see note 152, 347.

²²² برای ملاحظه نتیجه تفصیلی مشابه بنگرید به الکساندر گوور، رامین مشتاقی و ماندانا راسخ افشار کنوست، پاورقی ۲۲۱، ص ۱۳۷.

قضیه اول:

فقره ۵ ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی حکم می کند که: «هر کس مرتکب جرمی اعلام شود حق دارد که اعلام مجرمیت و محکومیت او به وسیله یک محکمه عالی طبق قانون مورد رسیدگی واقع شود». در این فقره هیچ استثنایی در خصوص عدم ضرورت رسیدگی استثنایی به برخی قضایا وجود ندارد. این موضوع قابل بحث است که آیا جرائم قباحت را می توان از فقره ۵ ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی استثناء نمود یا نه. با این حال، صرف قابل استیناف دانستن محکومیت به اعدام مطابق با فقره ۵ از ماده مذکور نمی باشد، زیرا بیشتر جرائم، مشمول مجازات اعدام نیستند و در نتیجه اجرای فقره مذکور بسیار محدود می گردد. چنین حکمی موجب تغییر ماهیت فقره ۵ ماده ۱۴ میثاق مذکور به حیث یک قاعده کلی قابل اجرا در محاکمات جزایی و تبدیل آن به یک قاعده استثنایی می گردد. بنابراین، طرح پیشنهادی قانون موجب نقض فقره ۵ ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی خواهد شد. افغانستان میثاق مذکور را امضاء و تصویب کرده است^{۲۳۳}؛ در نتیجه ملزم به رعایت این سند بین المللی می باشد. ماده ۷ قانون اساسی افغانستان، دولت را متعهد به رعایت معاهدات و میثاقهای بین المللی که افغانستان به آنها ملحق شده است می نماید. بدین ترتیب طرح پیشنهادی یکی از تعهدات دولت افغانستان که در فقره ۵ ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی آمده است و نیز ماده ۷ قانون اساسی افغانستان را نقض خواهد نمود. نتیجه آنکه باید به نمایندگان مجلس اعلام کنید که از طرح مذکور دست بکشند.

قضیه دوم:

مطابق ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال، محاکم اطفال دارای صلاحیت اختصاصی رسیدگی به قضایای اطفال می باشند. بر اساس فقره ۱ ماده ۴ قانون مذکور طفل شخصی است که سن هجده سالگی را تکمیل نکرده باشد. در قضیه مورد بحث ما، متهم یازده ساله است و بنابراین وفق تعریف فقره ۱ ماده ۴ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال یک طفل می باشد. بنابراین، محکمه اطفال اوروژگان دارای صلاحیت اختصاصی رسیدگی به این قضیه است. در صورتی که مرشد با وجود آنکه می داند محکمه دیگری صلاحیت رسیدگی به این قضیه را دارد، آنرا به محکمه مذکور احاله نکند، ممکن است مشمول برخی تدابیر

^{۲۳۳} افغانستان در تاریخ ۲۴ جنوری ۱۹۸۳ به سند مذکور ملحق شده است.

انضباطی قرار گیرد. بنابراین، باید به مرشد این گونه مشوره بدهید که قضیه را به محکمه ذیصلاح اطفال بفرستد.

گفتار چهارم: عرف و عادات حقوقی افغانستان

سرانجام، موافقت نامه بن خواستار قوه قضائیه ای منطبق با سنت حقوقی افغانستان می باشد. صرف نظر از دوره حکومت رژیم کمونیستی و نیز برخی رژیم های افراطی دیگر که تشکیلات خاص محاکم آنها صرف برای گروه های ذریبط خودشان جالب و مطلوب بوده است، نظام فعلی محاکم، حاصل انکشاف ارگانیک (تشکیلاتی) نظام حقوقی افغانستان در دهه های ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ می باشد. تشکیلات محاکم سه مرحله ای عمومی از زمان امان الله خان شناخت شده بودند و می توان به خوبی استدلال نمود که اصل و اساس آن در زمان امیر عبدالرحمن به شکل الزام به دادن گزارش برای قاضی ایجاد شده بود. این سیستم یکسان و تسهیل گردیده است تا تعداد کلی اعتراضات مختلف و نیز محاکم استیناف را به حیث یک اقدام ضروری برای مدرن سازی، کاهش دهد. همچنین ستره محکمه، که به دلیل نقش و کارکردهای مدیریتی آن به دقت قوه قضائیه را از قوه اجرائیه تفکیک می نماید، نیز در قانون اساسی ۱۹۶۴ به حیث یک نهاد تضمین کننده استقلال قضایی ایجاد گردید. اقدام سریع و غالب رژیم های انقلابی در انحلال ستره محکمه، حاکی از نقش تهدید کننده این نهاد برای قدرت بدون کنترل قوه اجرائیه است. در حال حاضر امکان آنکه رئیس جمهور بر قوه قضائیه تأثیر گذار باشد، در مقایسه با قانون اساسی ۱۹۶۴ کاهش یافته است؛ زیرا بر خلاف پادشاه سابق که وفق قانون اساسی ۱۹۶۴ مجاز به تجدید نظر در انتصاب قضات ستره محکمه بعد از ده سال بوده است، رئیس جمهور صرف صلاحیت انتصاب قضات جدید بعد از انقضای مدت خدمت و وظیفوی آنها را دارد. علاوه بر این، دوره تصدی و وظیفه برای قضات عادی به صورت انتصاب مادام العمر تغییر کرده. و بنابراین استقلال قضایی افزایش یافته است. ابزارها و وسایل سنتی و آزمایش شده جهت حصول به وحدت رویه قضائی هنوز مورد استفاده می باشند. ابزارها و روشهایی مانند: استعمال رسمی محاکم تحتانی از ستره محکمه در رابطه با امور قضائی (فقره ۸ ماده ۲۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم) از جمله اشکال جدید طرح استعلامات از قاضی القضاة می باشد که از زمان امیر عبدالرحمن طبق اساس القضاة مورد عمل بوده است.^{۲۲۴}

^{۲۲۴} بنگرید به فصل یکم، گفتار یکم، آغاز دولت ملت جدید.

بنائاً شرایط انطباق با سنتهای حقوقی افغانستان بر آورده شده است.

سؤالات

- جنبه‌ها و ابعاد مختلف استقلال قضائی را ذکر کنید.
- آیا اصل استقلال قضائی در داخل خود قوه قضائیه دارای نتایجی می‌باشد؟
- برای شکل‌گیری قوه قضائیه هنوز کدام مشکلات وجود دارد؟
- آیا امکان بررسی اقدامات قوه اجرائیه در محکمه وجود دارد؟
- آیا محاکم را می‌توان طبق مصوبات (اقدامات) قوه اجرائیه ملتزم نمود؟
- نقائص و ایرادات مربوط به حاکمیت قانون و قوه قضائیه که هنوز وجود دارند را نام ببرید.
- در بررسی تصامیم محکمه توجه به چه موضوعاتی مهم و اساسی است؟
- آیا برای محاکمات صغار شرایط و اوضاع و احوال خاص باید وجود داشته باشد؟
- به نظر شما این شرایط و اوضاع و احوال معقول و متعارف می‌باشند؟
- به هنگام رسیدگی به قضایای اطفال به نظر شما چه چیز دارای بیشترین اهمیت است؟

**MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW**

Directors: Professor Dr. Armin von Bogdandy · Professor Dr. Dr. h.c.
Rüdiger Wolfrum



**Max Planck Manual on
The Organisation and Jurisdiction of Afghan Courts**

**Afghan Court Organisation and its Compliance with
the Constitution and International Law**

**Author:
Ramin Moshtaghi**

with the support of

Mohammad Sadr Touhid-Khaneh, Mihan Rouzbehani and Nezamuddin
Abdullah

Amended 3rd Edition
(April, 2009)

Translated into Dari by
Dr. Hossein Gholami

Funded by:
The German Foreign Ministry