

انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک
رؤساء: پروفیسور دوکتور آرمین فون بوگدانڈی. پروفیسور دوکتور رودیگر ولفروم



رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان

مجلد دوم

رویه مبتنی بر قانون اساسی و حقوق بشر

تألیف:

ماندانا کنوست راسخ افشار

ویرایش یکم، بهار ۱۳۸۶

با حمایت و پشتیبانی

ربکا هکمن، میهن روزبهانی، محمد صدر توحیدخانه و میثائیل تایشمن

ترجمه:

دوکتور حسین غلامی

استادیار دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبائی

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



رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان

مجلد دوم

رویه مبتنی بر قانون اساسی و حقوق بشر

تألیف:

ماندانا کنوست راسخ افشار

با حمایت و پشتیبانی

ربکا هکمن، میهن روزبهانی، محمد صدر توحیدخانه و میثائیل تایشمن

ویرایش یکم، بهار ۱۳۸۶

با حمایت مالی وزارت خارجه جمهوری فدرالی آلمان

ترجمه:

دوکتور حسین غلامی

استادیار دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبائی

طبع: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین‌الملل ماکس پلانک
شهر هایدلبرگ، جمهوری فدرالی آلمان
جولای سال ۲۰۰۷ میلادی

© حق طبع و تکثیر محفوظ و منوط به اجازه کتبی است. ذکر مطالب به
شرط نقل منبع و ارسال یک کپی از آن به آدرس یا ایمیل زیر مجاز است:
Mandana Knust Rassekh Afshar
Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law
Im Neuenheimer Feld 535
69190 Heidelberg
Germany

mknust@mpil.de

از نظریات و پیشنهادهای شما بسیار استقبال می‌شود.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

محتویات

فصل اول: مبانی حقوق اساسی.....	۲۱
گفتار یکم: منابع حقوق و سلسله مراتب موازین	۲۱
گفتار دوم: روش‌های تفسیر	۳۲
فصل دوم: حقوق (مبتنی بر قانون) اساسی و حقوق بشر.....	۳۹
گفتار یکم: مبدأ و منبع حقوق بشر	۳۹
گفتار دوم: منابع حقوق بشر قابل تطبیق در افغانستان.....	۴۴
گفتار سوم: آموزه (دکترین) حقوق مبتنی بر قانون اساسی و حقوق بشر.....	۶۱
گفتار چهارم: بررسی نقض حقوق اساسی و بشری.....	۷۳
فصل سوم: تفصیل (اجرای) حقوق بشر.....	۸۶
گفتار یکم: کرامت انسانی.....	۸۸
گفتار دوم: حق به رسمیت شناخته شدن به حیث یک شخص در برابر قانون.....	۹۱
گفتار سوم: حق تساوی در برابر قانون و حق حمایت مساوی توسط قانون.....	۹۳
گفتار چهارم: حق حیات	۱۰۲
گفتار پنجم: حق برخورداری از تمامیت جسمانی / منع شکنجه.....	۱۰۷
گفتار ششم: حق آزادی.....	۱۱۱
گفتار هفتم: حق برخورداری از محاکمه عادلانه.....	۱۱۵
گفتار هشتم: حق تحرک و جابجایی (گشت و گذار).....	۱۱۶
گفتار نهم: حق برخورداری از حریم خصوصی.....	۱۱۹
گفتار دهم: حقوق خانواده.....	۱۲۲
گفتار یازدهم: حق ملکیت خصوصی.....	۱۲۶
گفتار دوازدهم: آزادی فکر، وجدان، مذهب و ایمان	۱۲۸
گفتار سیزدهم: آزادی عقیده، بیان و اطلاعات	۱۳۲
گفتار چهاردهم: آزادی تشکیل اجتماعات و انجمن‌ها.....	۱۳۵
گفتار پانزدهم: حق مشارکت سیاسی	۱۳۹
گفتار شانزدهم: حق تعلیم و تحصیل.....	۱۴۲
گفتار هفدهم: حق کار کردن	۱۴۸
گفتار هجدهم: حق برخورداری از صحت	۱۵۴
فصل چهارم: مکانیزم‌های تطبیق حقوق اساسی و بشری.....	۱۵۹
گفتار یکم: مکانیزم‌های تطبیق حقوق بشر در سطح ملی.....	۱۶۰
گفتار دوم: مکانیزم‌های تطبیق حقوق بشر در سطح بین‌المللی.....	۱۶۶

فهرست مطالب

محتویات.....	۷
فهرست مطالب.....	۹
مقدمه: حقوق اساسی و بشری و دولت دموکراتیک.....	۱۵
فصل اول: مبانی حقوق اساسی.....	۲۱
گفتار یکم: منابع حقوق و سلسله مراتب موازین.....	۲۱
الف) احکام ذریبط.....	۲۲
ب) تبصره پیرامون منابع حقوق و سلسله مراتب موازین.....	۲۳
۱. قانون اساسی.....	۲۳
۲. قوانین بین المللی.....	۲۵
۳. قوانین عادی.....	۲۸
۴. قوانین (حقوق) شرعی.....	۳۰
گفتار دوم: روش های تفسیر.....	۳۲
الف) اصول و روش های کلی.....	۳۲
۱. تفسیر متنی یا گرامری.....	۳۳
۲. تفسیر ساختاری یا کارکردی.....	۳۳
۳. تفسیر غایی.....	۳۴
۴. تفسیر تاریخی یا تاریخ قانون گذاری.....	۳۴
ب) اصول و روش های خاص.....	۳۴
پ) وظیفه تفسیر قوانین عادی مطابق به قانون اساسی.....	۳۶
ت) قابلیت اعمال موازین قوانین عادی.....	۳۶
فصل دوم: حقوق (مبثنی بر قانون) اساسی و حقوق بشر.....	۳۹
گفتار یکم: مبدأ و منبع حقوق بشر.....	۳۹
الف) انکشاف کلی.....	۳۹
ب) انکشاف تحت نظام سازمان ملل متحد.....	۴۲
گفتار دوم: منابع حقوق بشر قابل تطبیق در افغانستان.....	۴۴
الف) قانون اساسی افغانستان.....	۴۴
ب) ابزارها و اسناد بین المللی حقوق بشری.....	۴۵
۱. مقدمه ای بر حقوق بین الملل.....	۴۵
۲. منابع حقوق بین الملل.....	۴۷
۱-۱. معاهدات و کنوانسیون های بین المللی.....	۴۷
۲-۱. حقوق بین الملل عرفی.....	۴۹
۳-۱. اصول کلی حقوق.....	۵۰
۴-۱. اسناد و ابزارهای غیر الزام آور.....	۵۱
۵-۱. سلسله مراتب منابع حقوق بین الملل.....	۵۱
۲. موازین و معیارهای حقوق بشری در سطح جهانی.....	۵۲
۱-۲. منشور ملل متحد.....	۵۲

۵۳.....	۲-۲. اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸).....
۵۴.....	۳-۲. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶).....
۵۵.....	۴-۲. میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۹۶۶).....
۵۶.....	۵-۲. کنوانسیون بین‌المللی رفع هر نوع تبعیض نژادی (۱۹۶۵).....
۵۷.....	۶-۲. کنوانسیون منع شکنجه و سایر رفتارها و مجازات‌های ظالمانه و غیرانسانی یا موهن (۱۹۸۴).....
۵۸.....	۷-۲. کنوانسیون رفع هر نوع تبعیض علیه زنان (۱۹۷۹).....
۵۸.....	۸-۲. کنوانسیون حقوق اطفال (۱۹۸۹).....
۵۹.....	۳. اعلامیه‌های اسلامی / مسلمانان راجع به حقوق بشر.....
۵۹.....	۱-۳. اعلامیه جهانی اسلامی حقوق بشر (۱۹۸۱).....
۵۹.....	۲-۳. اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام (۱۹۹۰).....
۶۰.....	۳-۳. منشور عربی حقوق بشر (۱۹۹۴).....
۶۱.....	گفتار سوم: آموزه (دکترین) حقوق مبتنی بر قانون اساسی و حقوق بشر.....
۶۱.....	الف) استحقاق و تکلیف به حمایت و تقویت.....
۶۱.....	۱. استحقاق اشخاص.....
۶۱.....	۱-۱. موجود انسانی (انسان بودن).....
۶۲.....	۱-۲. حقوق تبعه (شهروند) در مقابل حقوق «هرکس».....
۶۳.....	۲. تعهدات دولت.....
۶۵.....	ب) نقش و کارکرد حقوق اساسی و حقوق بشر.....
۶۵.....	۱. مفهوم سنتی.....
۶۵.....	۱-۱. حقوق دفاعی یا «منفی».....
۶۶.....	۲-۱. حقوق اجتماعی یا «مثبت».....
۶۶.....	۲. مفهوم مدرن (جدید).....
۶۷.....	۱-۲. تصنیف حقوق بر مبنای وظیفه دولت.....
۶۸.....	۲-۲. تصنیف حقوق بر مبنای کارکرد.....
۶۸.....	- حقوق دفاعی.....
۶۸.....	- حقوق سیاسی.....
۶۹.....	- حق تساوی / حقوق مربوط به عدم تبعیض.....
۷۰.....	- حقوق اجتماعی و اشتراکی.....
۷۰.....	- حقوق و وظایف حمایتی.....
۷۱.....	- حقوق مربوط به اجراآت و سازمان‌دهی.....
۷۳.....	گفتار چهارم: بررسی نقض حقوق اساسی و بشری.....
۷۴.....	الف) ساحه حمایت از حقوق اساسی و حقوق بشر.....
۷۴.....	۱. احکام ذریبط.....
۷۵.....	۲. تبصره پیرامون ساحه حمایت از حقوق اساسی و حقوق بشر.....
۷۵.....	۱-۲. ساحه حمایت ناظر به رفتار، موقعیت و منفعت مربوط به موضوع.....
۷۶.....	۲-۲. ساحه حمایت ناظر به شخص مدعی.....
۷۶.....	۳-۲. نکته اخیر پیرامون ساحه حمایت.....
۷۷.....	ب) محدودیت‌های حقوق اساسی و حقوق بشر.....
۷۷.....	۱. احکام ذریبط.....
۷۷.....	۲. تبصره پیرامون محدودیت‌های حقوق اساسی و حقوق بشر.....
۷۷.....	۱-۲. سوابق مربوط به حاکمیت دولت‌ها، حقوق بشر و محدودیت‌های این حقوق.....
۷۸.....	۲-۲. شناسایی محدودیت‌ها.....
۸۰.....	پ). توجیه اعمال محدودیت‌ها بر حقوق اساسی و بشری.....

۸۰	۱. احکام ذیربط
۸۰	۱-۱. جهات ممنوعه اعمال محدودیت
۸۰	۲-۱. تقلیل مجاز حقوق در حالت اضطرار
۸۱	۳-۱. سوء استفاده از حقوق و شرایط حمایت کننده
۸۲	۲. تبصره پیرامون توجیه محدودیت‌ها بر حقوق اساسی و حقوق بشر
۸۳	۱-۲. محدودیت ایجاد شده توسط قانون
۸۳	۲-۲. متناسب بودن محدودیت
۸۴	- هدف مشروع
۸۵	- ضرورت داشتن
۸۵	- اقتضا داشتن
۸۶	فصل سوم: تفصیل (اجرای) حقوق بشر
۸۸	گفتار یکم: کرامت انسانی
۸۸	الف) احکام ذیربط
۸۸	ب) تبصره پیرامون کرامت انسانی
۸۸	۱. کرامت انسانی به حیث یک ارزش مطلق
۸۹	۲. تعامل کرامت انسانی با اصل آزادی و برابری
۸۹	۳. یک حق مستقل؟
۹۱	گفتار دوم: حق به رسمیت شناخته شدن به حیث یک شخص در برابر قانون
۹۱	الف) احکام ذیربط
۹۱	ب) تبصره پیرامون حق به رسمیت شناخته شدن به حیث یک شخص در برابر قانون
۹۱	۱. اهمیت حق دارا بودن شخصیت حقوقی
۹۲	۲. یک حق مستقل؟
۹۲	۳. ارتباط با صلاحیت اقدام و عمل
۹۲	۴. شخصیت حقوقی صغار
۹۳	گفتار سوم: حق تساوی در برابر قانون و حق حمایت مساوی توسط قانون
۹۳	الف) احکام ذیربط
۹۵	ب) تبصره پیرامون حق تساوی در برابر قانون
۹۵	۱. اهمیت اصل تساوی
۹۶	۲. حق تساوی به حیث یک حق مستقل
۹۸	۳. در ارتباط به حقوق تساوی خاص
۹۸	۴. اشکال و انواع تبعیض
۱۰۰	۵. بررسی ادعای نقض حق تساوی
۱۰۲	گفتار چهارم: حق حیات
۱۰۲	الف) احکام ذیربط
۱۰۳	ب) تبصره پیرامون حق زندگی
۱۰۳	۱. اهمیت حق زندگی
۱۰۴	۲. ممنوعیت محروم کردن خودسرانه از حق زندگی
۱۰۵	۳. محدودیت حق حیات
۱۰۷	گفتار پنجم: حق برخورداری از تمامیت جسمانی / منع شکنجه
۱۰۷	الف) احکام ذیربط

ب) تبصره پیرامون حق برخورداری از تمامیت جسمی.....	۱۰۸
۱. اهمیت حق برخورداری از تمامیت جسمی.....	۱۰۸
۲. شکنجه.....	۱۰۸
۳. رفتارهای بی‌رحمانه، غیر انسانی و موهن.....	۱۰۹
۴. تفسیرهای متعارض.....	۱۰۹
گفتار ششم: حق آزادی.....	۱۱۱
الف) احکام ذریبط.....	۱۱۱
ب) تبصره پیرامون حق آزادی.....	۱۱۳
گفتار هفتم: حق برخورداری از محاکمه عادلانه.....	۱۱۵
گفتار هشتم: حق تحرک و جابجایی (گشت و گذار).....	۱۱۶
الف) احکام ذریبط.....	۱۱۶
ب) تبصره پیرامون حق برخورداری از تحرک و جابجایی.....	۱۱۷
گفتار نهم: حق برخورداری از حریم خصوصی.....	۱۱۹
الف) احکام ذریبط.....	۱۱۹
ب) تبصره پیرامون حق برخورداری از حریم خصوصی.....	۱۲۰
گفتار دهم: حقوق خانواده.....	۱۲۲
الف) احکام ذریبط.....	۱۲۲
ب) تبصره پیرامون حقوق خانواده.....	۱۲۳
گفتار یازدهم: حق ملکیت خصوصی.....	۱۲۶
الف) احکام ذریبط.....	۱۲۶
ب) تبصره پیرامون حق ملکیت خصوصی.....	۱۲۶
گفتار دوازدهم: آزادی فکر، وجدان، مذهب و ایمان.....	۱۲۸
الف) احکام ذریبط.....	۱۲۸
ب) تبصره پیرامون آزادی فکر، وجدان، مذهب و ایمان.....	۱۲۹
گفتار سیزدهم: آزادی عقیده، بیان و اطلاعات.....	۱۳۲
الف) احکام ذریبط.....	۱۳۲
ب) تبصره پیرامون آزادی عقیده، بیان و اطلاعات.....	۱۳۳
گفتار چهاردهم: آزادی تشکیل اجتماعات و انجمن‌ها.....	۱۳۵
الف) احکام ذریبط.....	۱۳۵
ب) تبصره پیرامون آزادی تشکیل اجتماعات و انجمن‌ها.....	۱۳۷
گفتار پانزدهم: حق مشارکت سیاسی.....	۱۳۹
الف) احکام ذریبط.....	۱۳۹
ب) تبصره پیرامون حق مشارکت سیاسی.....	۱۴۰
گفتار شانزدهم: حق تعلیم و تحصیل.....	۱۴۲
الف) احکام ذریبط.....	۱۴۲
ب) تبصره پیرامون حق تعلیم و تحصیل.....	۱۴۴
گفتار هفدهم: حق کار کردن.....	۱۴۸
الف) احکام ذریبط.....	۱۴۸
ب) تبصره پیرامون حق کار.....	۱۵۱
گفتار هجدهم: حق برخورداری از صحت.....	۱۵۴

۱۵۴	الف) احکام ذیربط
۱۵۵	ب) تبصره پیرامون حق برخورداری از صحت
۱۵۹	فصل چهارم: مکانیزم‌های تطبیق حقوق اساسی و بشری
۱۶۰	گفتار یکم: مکانیزم‌های تطبیق حقوق بشر در سطح ملی
۱۶۰	الف) احکام ذیربط
۱۶۱	ب) تفسیر پیرامون مکانیزم‌های تطبیق در سطح ملی
۱۶۱	۱. تأثیر قواعد بین‌المللی ناظر به تطبیق این حقوق در ساحه ملی
۱۶۳	۲. تطبیق از طریق محاکم افغانستان
۱۶۳	۱-۲. بررسی دستگیری
۱۶۳	۲-۲. ادعای جبران خسارت
۱۶۴	۳-۲. بررسی اداری
۱۶۴	۴-۲. تعمیم غیر مستقیم حقوق بشر طبق اجراءات قوانین عادی
۱۶۴	۳. کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان
۱۶۶	گفتار دوم: مکانیزم‌های تطبیق حقوق بشر در سطح بین‌المللی
۱۶۶	الف) احکام ذیربط
۱۶۷	ب) تبصره پیرامون تطبیق حقوق بشر در سطح بین‌المللی
۱۶۸	۱. ابزارهای دیپلماتیک
۱۶۸	۲. سیستم معاهده‌ای
۱۶۹	۱-۲. اجراءات مربوط به راپورها
۱۷۰	۲-۲. اجراءات مربوط به شکایت
۱۷۰	۳. نظام ملل متحد
۱۷۰	۱-۳. مکانیزم‌های ورا معاهده‌ای برای نظارت بر تطبیق حقوق بشر
۱۷۱	۲-۳. مجمع عمومی سازمان ملل
۱۷۱	۳-۳. شورای امنیت سازمان ملل
۱۷۱	۴. مأموریت کمک‌رسانی سازمان ملل متحد به افغانستان، یوناما

مقدمه:

حقوق اساسی و بشری و دولت دموکراتیک

قانون اساسی افغانستان در تعهد دولت آن کشور برای ایجاد یک ساختار حقوقی و اجتماعی جهت ارتقا و حمایت حقوق بشر تأکید می‌کند. مطابق به ماده ۶ قانون اساسی افغانستان:

«دولت به هیچ وجه یک جامعه مرفه و مترقی بر اساس عدالت اجتماعی، حفظ کرامت انسانی، حمایت حقوق بشر، تحقق دموکراسی، تأمین وحدت ملی، برابری بین همه اقوام و قبایل و انکشاف متوازن در مناطق کشور مکلف می‌باشد.»

به علاوه، ماده ۷ قانون اساسی مذکور:

«دولت منشور ملل متحد، معاهدات بین الدول، میثاق‌های بین‌المللی، که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه جهانی حقوق بشر را رعایت می‌کند.»

اصول حقوق بشر ابتدا ناظر به حکومت‌ها بوده و تمام شعب حکومت ملزم به تطبیق آن می‌باشند. دولت‌ها وظیفه جلوگیری از نقص حقوق بنیادین اشخاص نه تنها توسط مجریان عمومی، بلکه، تحت شرایط خاص، وظیفه جلوگیری از نقض حقوق بشر توسط مجریان مصروف در سکتور خصوصی را نیز دارند.^۱

به عنوان حقوق قانونی در سطح ملی، حقوق بشر موسوم به «حقوق بنیادین»، «حقوق اساسی یا حقوق مبتنی بر قانون اساسی»، یا «حقوق شهروندی یا مدنی» شده است. در این رهنمود، به حقوق بشر مندرج در قانون اساسی افغانستان یا در سایر قوانین اساسی ملی، به حیث حقوق اساسی (یا حقوق مبتنی بر قانون اساسی) اطلاق گردیده است. اصطلاح حقوق بشر جهت دلالت بر حقوق قانونی در حقوق بین‌الملل مورد استفاده قرار گرفته است، لیکن به عنوان یک اصطلاح کلی برای اشاره به حقوق اشخاص در حقوق داخلی و نیز در حقوق بین‌الملل مورد استفاده واقع می‌شود.^۲

نظام جهانی حقوق بشر با نظام‌های ملی آن دارای تعامل بوده، متمم و مکمل آن است. حقوق بشر در سطح بین‌المللی «پایین‌ترین واحد سنجش مشترک» میان دولت‌های جهان است و بنابر این، تنها حداقل استانداردهایی که نباید توسط قوانین و رویه‌های داخلی مورد اغماض قرار

^۱ بنگرید به «تعهدات دولت»، فصل دوم، گفتار سوم، ب).

^۲ حقوق و آزادی‌های بنیادین (Fundamental Rights and Freedom) اصطلاح دیگری است که اغلب به منظور اشاره به «حقوق بشر» (Human Rights) و «حقوق اشخاص» (Individual Rights)، به طور کلی مورد استفاده قرار می‌گیرد.

گیرند، را ایجاد می‌کند. تطبیق مؤثر موازین حقوق بشری بین‌المللی در بسیاری موارد منوط به ایجاد مقررات و مکانیزم‌های اجرایی ملی مناسب است. انکشاف هر دو نظام بین‌المللی و ملی منوط به گفتگو و مباحثه مستمر میان نظم ملی مبتنی بر قانون اساسی و حقوق بین‌الملل است که منجر به بین‌المللی شدن حقوق اساسی و قانون اساسی شدن حقوق بین‌الملل می‌گردد. حقوق بین‌الملل تغییر و تحول در قوانین مربوط به حقوق بشر در ساحه داخلی را تقویت و ترغیب می‌کند، زیرا در عین حال، انکشاف در حقوق اساسی اشخاص در ساحه ملی، بر حقوق بین‌الملل و رویه‌های آن نیز تأثیر می‌گذارد.

با وجود این تضمین‌های وسیع در سطح ملی و نیز بین‌المللی برای حمایت از حقوق بشر، جهان هر روزه با نقض حقوق بشر روبرو می‌باشد. برخی از موارد نقض حقوق بشر دارای ویژگی نقض انبوه، گسترده و سازمان‌یافته، همانند آنچه به عنوان مثال در دارفور اتفاق افتاده است می‌باشد. در اینگونه موارد است که جامعه بین‌المللی به حیث یکی از نتایج جانبی چنین نقض انبوه حقوق بشر و ابعاد جدید بی‌رحمی‌ها، جهت مداخله فراخوانده شده است و با حساسیت نسبت به حقوق بشر شروع به اقدام نموده و تلاش برای حمایت از آن را از طریق ایجاد معاهدات و کنوانسیون‌های جدید تشدید کرده است. در واقع، اولین نسل اسناد حقوق بشری بین‌المللی، نتایج وخامت‌بار دو جنگ جهانی و نقض سیستماتیک و انبوه حقوق بشر را توسط دیکتاتوری‌های فاشیستی و کمونیستی منعکس می‌کند.

افغانستان

افغانستان کشوری است که خود به وسیله جنگ دریده و پاره شده و میراثی گسترده از نقض سیستماتیک حقوق بشر را با خود دارد. این کشور در حالت انتقال و گذار به دموکراسی و عدالت ضرورتاً باید راه حل‌هایی برای ایجاد توازن میان حقوق مجنی‌علیهم^۳ و جامعه جهت تحقیق، تعقیب، جبران خسارات ناشی از نقض حقوق، جستجوی حقیقت، مضبوط نمودن تاریخ اخیر و ایجاد صلح و سازش، پیدا کند. از طرف دیگر، افغانستان باید اکنون صلح و امنیت را جهت ایجاد راهی برای آینده فراهم کند. حکومت افغانستان با مساعدت نمایندگی کمک سازمان ملل متحد برای افغانستان (UNAMA)^۴ و کمیسیون مستقل حقوق بشر

^۳ به تعداد ۶۹/۱٪ از مردمی که به وسیله کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان از آنها مصاحبه شده است مدعی بودند که مجنی‌علیه جرایم مربوط به اختلافات (درگیری‌ها و جنگ در افغانستان) می‌باشد.

^۴ <http://www.unams-afg.org>.

افغانستان^۵ در حال تلاش برای ایجاد عدالت انتقالی در افغانستان می باشند. نتیجه مباحث مستمر پیش رو و تطبیق استراتژی هایی که انکشاف یافته اند، دارای اهمیت بسیار زیادی برای بازسازی بخش عدالت و ایجاد صلح و امنیت پایدار می باشد. با این وجود، پرسش های با اهمیت و پاسخ های احتمالی به سؤالات بزرگتر راجع به عدالت انتقالی در این رهنمود نمی تواند مورد بحث قرار گیرند.

این رهنمود

دوره تعلیمی حقوق اساسی، که به وسیله انستیتوت حقوق مقایسوی عام و حقوق بین الملل ماکس پلانک سازماندهی شده و با کمک مالی وزارت امور خارجه آلمان برگزار می شود، مبتنی بر رهنمود ماکس پلانک پیرامون حقوق اساسی است که مشتمل بر سه مجلد می باشد. مجلد اول آن ناظر به «تشکیلات و اصول دولت» است. این مجلد، یعنی مجلد دوم، بر «رویه مبتنی بر قانون اساسی و حقوق بشر» متمرکز است. آگاهی از آنچه در مجلد یکم مورد بحث قرار گرفته است، برای فهم و درک مباحث این مجلد به شدت توصیه می شود.^۶ با این وجود، این رهنمود دارای محتوای خاص خود است و می تواند مستقل از مجلد اول مورد مطالعه و بررسی قرار گیرد. سرانجام، مجلد سوم مشتمل بر مطالعات موردی قضایا جهت کمک به اشتراک کنندگان به منظور تطبیق اصول در مرحله عمل می باشد.

هدف این رهنمود، افزایش آگاهی از موضوع بسیار حیاتی و با اهمیت تقویت و حمایت حقوق بشر در افغانستان و نیز تقویت نقش پیشرو و راهبری کننده ای است که قضات، حارنوال ها و وکلا در این خصوص ایفاء می کنند. این رهنمود برای عاملین و کاربران حقوقی طراحی و تهیه شده است و برای آنها دانش و مهارت مبنایی در ارتباط با تطبیق قوانین حقوق بشری بین المللی و ملی در افغانستان فراهم می کند. این رهنمود مبتنی بر این قضیه است که آگاهی از قوانین حقوق بشری و رعایت آنها شرط ضروری برای مدیریت و تطبیق عدالت است. نقش عاملین و مجریان محلی در ایجاد سنت حمایت از حقوق بشر در افغانستان، قابل اغماض نیست. بدون فعالیت آنان حمایت مؤثر از حقوق اشخاص به راحتی در سطح ملی تأمین نمی شود و اصولی که هدفشان حمایت از اشخاص در مقابل سوء استفاده از قدرت است، نفوذ خود را از دست می دهند. نقش حمایتی این اشخاص، کمتر از نقش و وظیفه قضات، حارنوال ها و وکلا در

^۵ <http://www.aihrc.org.af>

^۶ در سراسر این رهنمود، ما از بحث راجع به عناوینی که به تفصیل در مجلد اول مورد مطالعه قرار گرفته اند، صرف نظر می کنیم و به آنها ارجاع می دهیم.

استفاده از توانایی‌هایشان جهت تأمین عدالت و غلبه حاکمیت قانون نیست.^۷ این نقش با توجه به اطلاعات حاصل از تحقیق میدانی (پیمایش) اخیر کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان که منجر به شکل‌گیری «صدای عدالت- مشوره ملی در باره نقض حقوق بشر در افغانستان در گذشته» شده است، تحکیم می‌گردد. ۷۵/۹٪ از مردمی که مورد مصاحبه قرار گرفتند، عدالت را خواسته بسیار مهم خود اعلام نمودند و اکثریت آنها تقاضای مجازات ناقضان حقوق بشر را از طرف محکمه به حیث تنها وسیله‌ای که از طریق آن عدالت تحصیل می‌گردد، داشتند.^۸

هدف

به منظور حمایت از عاملین و مجریان حقوقی محلی در ایجاد رویه قضایی عادلانه و حقوق بشری در افغانستان، این رهنمود ماکس پلانک پیرامون حقوق اساسی افغانستان (مجلد دوم) که راجع به «رویه مبتنی بر قانون اساسی و حقوق بشر» می‌باشد، اشتراک‌کنندگان را با حقوق مبتنی بر قانون اساسی افغانستان و حقوق بین‌المللی بشر تا آنجا که به افغانستان مربوط می‌شود، آشنا نموده و دانش و آگاهی مبنایی عملی و کاری راجع به ریشه و اصل، هدف و ساحه قوانین حقوق بشری بین‌المللی و ملی برای آنان فراهم می‌کند. این رهنمود تلاش می‌کند نخستین مطالعه نظام‌مند و سیستماتیک از تعامل میان قوانین حقوق بشری بین‌المللی و قانون اساسی افغانستان را به منظور ایجاد آمادگی برای یک نظام حقوق بشری جدید در افغانستان، ایجاد کند. این رهنمود آموزه‌های حقوق مبتنی بر قانون اساسی (حقوق اساسی) و حقوق بشر را جهت ایجاد توانایی بررسی هرگونه نقض حقوق بشر، معرفی و تبیین می‌نماید.

ساختار

این رهنمود، اطلاعات و تجزیه و تحلیل‌های مفصل پیرامون موازین و استانداردهای حقوق بشری مرتبط با مدیریت عدالت در افغانستان را ارائه می‌نماید. رهنمود حاضر به چهار فصل تقسیم شده است. فصل اول به روش‌شناسی حقوق اساسی پرداخته و منابع حقوق در افغانستان، سلسله مراتب میان قوانین و مقررات و روش‌های تفسیر را شرح می‌دهد. فصل دوم بر ریشه‌ها و

⁷ See Office of The High Commissioner for Human Rights in Cooperation with International Bar Association, "Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers," Professional Training Series No.9, United Nations, New York and Geneva, 2003.

⁸ متن کامل آن تحت آدرس زیر در دسترس است:

<http://www.aihrc.org.af/rep=eng-29-01-05.htm>.

مبانی، ساحه‌ها و آموزه‌های حقوق اساسی و حقوق بشر، تمرکز می‌شود. فصل سوم به تشریح برخی مصادیق حقوق بشر که در نظام حقوق افغانستان و توسط قانون اساسی آن تضمین شده است و نیز مطالعه قواعد قابل تطبیق حقوق بین الملل می‌پردازد. فصل چهارم خواننده را با ساز و کارهای (مکانیزم‌های) اجرایی و جبران آثار نقض حقوق بشر هم در سطح ملی و هم در سطح بین‌المللی، آشنا می‌نماید.

هر فصل دارای چند قسمت است. در موارد مناسب، زیر عنوان برخی قسمت‌ها با ارایه احکام قانونی مرتبط با حق یا اصل مورد بحث آغاز شده، در پی آن تفسیر و اظهار نظر (تبصره) خواهد آمد.

نکته پایانی

شکل و روش ساده نقل مطالب برای اسناد و منابعی که بطور مکرر به آنها ارجاع داده شده است، در این رهنمود مورد استفاده قرار گرفت. به حیث مثال، ماده ۱۴ پاراگراف ۳ نمبر ۲ از میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی اینگونه نقل شده است: ماده ۱۴(۳) (۲) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی.

فصل اول: مبانی حقوق اساسی

فصل اول «رویه مبتنی بر قانون اساسی و حقوق بشر» به تبیین مبانی حقوق اساسی در ارتباط به تفسیر و اجرای حقوق اساسی و بشر می پردازد. بنابراین، ما ابتدا به بررسی منابع قابل تطبیق حقوق و سلسله مراتب آنها در نظام حقوقی افغانستان، پیش از شرح روش های تفسیر خواهیم پرداخت. برخی از مباحثی که در اینجا مورد بحث قرار خواهند گرفت با مباحث مذکور در مجلد اول همپوشانی خواهند داشت، اما جهت بحث جامع و کامل از حقوق بشر در متن حقوق اساسی ضروری می باشند.

گفتار یکم: منابع حقوق و سلسله مراتب موازین

منابع حقوق در افغانستان عبارتند از قانون اساسی افغانستان (قانون اساسی افغانستان)، قوانین موضوعه، قوانین بین المللی و قوانین شرعی (فقه حنفی). با این وجود، قانون اساسی افغانستان حاوی مقرره ای که این منابع را احصاء کرده باشد، نیست.

سلسله مراتب موازین، درجات منابع مختلف حقوق را تعیین می کند و آنگاه که دو یا چند قانون با یکدیگر در تعارض باشند، نقش خود را ایفاء می نماید. به علاوه، قانونیت هر حکم مشخص، منوط به مطابقت آن با حکم و قانون بالاتر است. سلسله مراتب موازین، تا حدودی در احکام قانون اساسی از پیش تعیین شده و نیز تا حدی از اصول ساختاری قابل استنباط است.

الف) احکام ذیربط

ماده ۱ قانون اساسی افغانستان

افغانستان، دولت جمهوری اسلامی، مستقل، واحد و غیر قابل تجزیه می باشد.

ماده ۲ قانون اساسی افغانستان

دین دولت جمهوری اسلامی افغانستان، دین مقدس اسلام است. پیروان سایر ادیان در پیروی از دین و اجرای مراسم دینی شان در حدود احکام قانون آزاد می باشند.

ماده ۳ قانون اساسی افغانستان

در افغانستان هیچ قانون نمی تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد.

ماده ۷ قانون اساسی افغانستان

دولت منشور ملل متحد، معاهدات بین الدول، میثاق های بین المللی که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه جهانی حقوق بشر را رعایت می کند. دولت از هر نوع اعمال تروریستی، زرع و قاچاق مواد مخدر و تولید و استعمال مسکرات جلوگیری می کند.

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 ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان

محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می کنند. هرگاه برای قضیه یی 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 تأمین نماید.

ماده ۱۴۹ قانون اساسی افغانستان

اصل پیروی از احکام دین مقدس اسلام و نظام جمهوری اسلامی تعدیل نمی شوند. تعدیل حقوق اساسی اتباع صرف بمنظور بهبود حقوق آنان مجاز می باشد.

ماده ۱۶۲ قانون اساسی افغانستان

این قانون اساسی از تاریخ تصویب لویه جرگه نافذ و از طرف رئیس دولت انتقالی اسلامی افغانستان توشیح و اعلام می‌گردد.
با نفاذ این قانون اساسی، قوانین و فرامین تفنینی مغایر احکام آن ملغی می‌باشد.

ماده ۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

۱. کشورهای طرف این میثاق متعهد می‌شوند که حقوق شناخته شده در این میثاق را دربارهٔ کلیه افراد مقیم در قلمرو تحت حاکمیتشان بدون هیچ گونه تمایزی از قبیله نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا عقیده دیگر، اصل و منشأ ملی یا اجتماعی، ثروت، نسب یا سایر وضعیت‌ها محترم شمرده و تضمین بکنند.
۲. هر کشور طرف این میثاق متعهد می‌شود که بر طبق اصول قانون اساسی خود و مقررات این منشور اقداماتی در زمینه قانون‌گذاری و غیر آن به منظور تنفیذ حقوق شناخته شده در این میثاق که قبلاً به موجب قوانین موجود یا تدابیر دیگر لازم الاجرا نشده است به عمل آورد.
۳. هر کشور طرف این میثاق متعهد می‌شود که:
 - أ. تضمین کند که برای هر شخصی که حقوق و آزادی‌های شناخته شده در این میثاق درباره او نقض شده باشد وسیله مطمئن احقاق حق فراهم بشود. هر چند که نقض حقوق به وسیله اشخاصی ارتکاب شده باشد که در اجرای مشاغل رسمی خود عمل کرده باشند.
 - ب. تضمین کند که مقامات صالح قضایی، اجرایی یا تقنینیه یا هر مقام دیگری که به موجب مقررات قانونی آن کشور صلاحیت دارد، درباره شخص دادخواست دهنده احقاق حق بکنند و همچنین امکانات تظلم به مقامات قضایی را توسعه بدهد.
 - ج. تضمین کند که مقامات صالح «نسبت به تظلماتی که حقانیت آن محرز بشود ترتیب اثر صحیح بدهند.

ب) تبصره پیرامون منابع حقوق و سلسله مراتب موازین

۱. قانون اساسی

قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، توسط لویه جرگه در چهاردهم جدی سال یکهزار و سیصد و هشتاد و دو هجری شمسی پذیرفته شد و در همان تاریخ نافذ گردید. تحولات قانون اساسی در پی پروسه‌ای بود که طبق توافقنامه بن^۹ در دسامبر ۲۰۰۱ ایجاد شد و از جمله مقرر

^۹ این متن تحت آدرس زیر قابل دسترسی است:

کرده بود که یک کمیسیون قانون اساسی جهت مساعدت به لویه جرگه قانون اساسی ایجاد شود.^{۱۰} توافقنامه بن همچنین تأکید نمود که کمیسیون قضایی افغانستان، با مساعدت سازمان ملل متحد، باید «نظام عدالت قضایی ملی را مطابق به اصول اسلامی، معیارهای بین‌المللی، حاکمیت قانون و سنت‌های حقوقی افغانستان بازسازی کند».^{۱۱}

قانون اساسی ۱۳۸۲ مبتنی بر قانون اساسی ۱۳۵۲ است که به تدریج یک نظام عدالت نسبتاً سکولار را در قوانین دولتی به عنوان اولین منبع آن بنیان گذاشت و قوانین شرعی را به عنوان منبع دوم تعیین کرد.^{۱۲} لویه جرگه قانون اساسی و کمیسیون قانون اساسی می‌بایست مصالحه‌ای میان تفاسیر محافظه کارانه و اصلاح طلبانه از حقوق اسلامی جهت آشتی و سازش بین جریان‌های سیاسی مختلف ارایه کنند؛ این گونه ایجاد مصالحه و سازش بر شکل‌بندی موازین قانون اساسی تأثیر گذاشت.^{۱۳}

همانند قانون اساسی ۱۳۵۲ و منطبق با سنت حقوق افغانستان، قانون اساسی جدید نوعی توازن میان موازین شرعی و موازین حقوق مدرن را منعکس می‌نماید. «این تنها قرائتی از شریعت می‌باشد که با سنت‌های فرهنگی افغانستان، موازین حقوقی موجود و اصول اساسی حقوق بشر که می‌تواند مساعی مشترک مهمی در ایجاد نظام معتبر عدالت بعد از جنگ در افغانستان داشته باشد، هم‌نوا است».^{۱۴} احکام مذکور در قانون اساسی تعدیل شده، به نحو قابل ذکر در این ارتباط می‌باشند. به گونه‌ای که این مفهوم از توازن را نشان می‌دهند. مطابق ماده ۱۴۹ قانون اساسی افغانستان «اصل پیروی از احکام دین مقدس اسلام و نظام جمهوری اسلامی تعدیل نمی‌شوند. تعدیل حقوق اساسی اتباع صرف به منظور بهبود حقوق آنان مجاز می‌باشد...».

<http://www.unama-afg.org/docs/-nonUN%20Docs/-Internation-Conferences-Qforuns/Bonn-Talks/bonn.htm>.

^{۱۰} توافقنامه مربوط به ترتیبات موقتی در افغانستان راجع به بازسازی نهادهای دایمی حکومت (توافقنامه بن)، ۵ دسامبر ۲۰۰۱، قسمت اول (۶).

^{۱۱} همان، قسمت دوم (۲).

^{۱۲} ماده ۶۹ قانون اساسی ۱۹۶۴ (۱۳۵۲) مقرر می‌کند: «... در ساحه‌ای که چنین مصوبه موجود نباشد عبارتست از احکام فقه حنفی شریعت اسلام».

^{۱۳} بنگرید به:

H. Vergau, "Manifest der Hoffnung, Über die neue Verfassung Afghanistan," *Verfassung und Recht in Übersee* 37 (2004), 465 (471 et seq).

این متن به توضیح چالش‌ها و مصالحه‌های مربوط به التزام و پای‌بندی به قوانین اسلامی از یک طرف و تعهدات حقوق بشری بین‌المللی از طرف دیگر می‌پردازد.

^{۱۴} A. Wardak, "Building a Post War Justice System in Afghanistan", *Crime, Law and Social Changes* 41 (2004), 31, (326).

قانون اساسی ۱۳۸۲ قانون برتر افغانستان است. این قانون اساسی دارای قدرت هنجارگذار است؛ موازین قانون اساسی اصول برتر را برای نظم حقوقی افغانستان فراهم نموده و برای کلیه مراجع و ارگان‌های دولتی الزام‌آور می‌باشند. به علاوه، اصل جمهوری اسلامی که در ماده اول قانون اساسی بیان شده است مغایرتی با به رسمیت شناختن یک قانون اساسی به حیث قانون برتر این کشور ندارد.^{۱۵} همچنین قانون اساسی افغانستان، انعکاس دهنده هویت فرهنگی افغانستان می‌باشد. سرانجام، قوه قضاییه حق بررسی مطابقت موازین قانون اساسی با دین مقدس اسلام را ندارد.

از آنجا که قانون اساسی قانون برتر افغانستان می‌باشد، همه قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین‌الدول و میثاق‌ها باید مطابق با قانون اساسی و در نتیجه معتبر باشند. بنابراین، اصول و حقوق مبتنی بر قانون اساسی محدودیت‌هایی را برای فعالیت‌های تقنینی و اجرایی ایجاد می‌کنند و تا مرزهای اجرایی نیز امتداد می‌یابند. مطابق ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان ستره محکمه می‌تواند حسب درخواست حکومت یا محاکم به بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی و معاهدات بین‌الدول و میثاق‌های بین‌المللی با قانون اساسی پردازد. یک قاضی عادی، صالح به عدم اجرای موازین قانون اساسی و انتخاب خودسرانه عدم اعمال آنها نمی‌باشد. بنابراین، قوه مقننه، قوه اجرائیه و قوه قضاییه ملتزم و محدود به قانون اساسی می‌باشند. به علاوه، قانون اساسی قدرت دولت را مشروعیت داده، تفصیل و تحدید نموده، به بیان تفکیک قوا پرداخته، به حمایت و تقویت و ارتقای حقوق اساسی و آزادی‌های اتباع و بیگانگان تحت صلاحیت قضایی دولت اقدام کرده و اجراآت ضروری را تعیین نموده است و نظام ارزشی هدفمندی را نیز ایجاد کرده است.^{۱۶}

۲. قوانین بین‌المللی

مطابق ماده هفتم قانون اساسی افغانستان، دولت افغانستان باید منشور ملل متحد، معاهدات بین‌الدول و میثاق‌های بین‌المللی که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه حقوق بشر را رعایت کند.^{۱۷} بنابراین، افغانستان نه تنها ملتزم به تعهدات بین‌المللی در قبال طرف‌های معاهده

^{۱۵} برای بحث تفصیلی بنگرید به: تبصره پیرامون «مفهوم جمهوری اسلامی»، رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اساسی، مجلد اول، گفتار یکم از فصل سوم.

^{۱۶} برای بحث تفصیلی بنگرید به: «کارکردهای قانون اساسی»، رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اساسی، مجلد اول، فصل اول، گفتار دوم.

^{۱۷} ترجمه انگلیسی «امضاء» غیر دقیق است. این که یک دولت چگونه عضو یک معاهده بین‌الدولی/بین‌المللی می‌شود در بحث معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌الدولی/بین‌المللی در فصل دوم، ب II. 1A (aa) مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

خود می‌باشد، بلکه همچنین وفق قانون اساسی به اتباع خود نیز متعهد می‌باشد که نسبت به رعایت تعهداتی که آگاهانه پذیرفته است اقدام نموده و حقوق محتوی آنها را در قالب وضع و اجرای قوانین داخلی تطبیق کند. بنابراین، منشور ملل متحد، اعلامیه جهانی حقوق بشر و معاهدات بین الدول و میثاق‌هایی که افغانستان به آن ملحق شده است جزء منابع حقوق داخلی افغانستان به شمار آمده و باید توسط همه مراجع دولتی همانند قوانین (موضوعه) داخلی مدنظر قرار گیرند.

اگرچه قانون اساسی افغانستان آشکارا بر اهمیت خاص معاهدات حقوق بشری با تأکید بر تعهدات این کشور جهت احترام به آن دسته از معاهداتی که افغانستان جزء آنهاست، تصریح می‌کند؛ لیکن قانون اساسی در ارتباط به این که این معاهدات در کدام جای سلسله مراتب موازین و قوانین قرار می‌گیرند، کمتر روشنی دارد. ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان به ستره محکمه این صلاحیت را می‌دهد که به بررسی مطابقت معاهدات بین الدول و میثاق‌های بین المللی با قانون اساسی پردازد؛ امری که نشان دهنده آن است قانون اساسی در ارتباط با معاهدات بین الدولی بر آنها برتری دارد. در مقابل این وضعیت در کشورهای دیگر مانند سودان، معاهدات حقوق بشری مقدم بر قوانین موضوعه داخلی بوده و هم عرض قانون اساسی می‌باشد.^{۱۸} در این حکومت‌ها، قوانین جدید نه تنها باید مطابق با قانون اساسی باشند، بلکه باید منطبق با معاهدات حقوق بشری که کشور به آنها ملحق شده یا امضاء کرده است، نیز بوده باشند.

با وجود این، ماده ۲۶ کنوانسیون وین درخصوص حقوق معاهدات (کنوانسیون وین) مقرر می‌کند که «هر معاهده نافذ برای اعضای آن الزام آور است و باید با حسن نیت و به بهترین وجه توسط آنها اجرا گردد». این اصل تحت عنوان *pacta sunt servanda* یعنی «قرارداد باید

^{۱۸} مطابق قانون اساسی ملی موقت سودان، معاهدات حقوق بشری جزء جدایی ناپذیر منشور حقوق در قانون اساسی موقت می‌باشند. ماده ۲۷ این قانون اساسی مقرر می‌کند:

«(۱) منشور حقوق، میثاقی است میان مردم سودان و میان آنها و حکومت‌شان در هر سطح؛ و تعهدی است جهت احترام و رعایت آن؛ و به ارتقای حقوق بشر و آزادی‌های بنیادی که در این قانون اساسی مورد اشاره قرار گرفته است می‌پردازد؛ این منشور سنگ بنای عدالت اجتماعی، برابری و دموکراسی است؛ (۲) دولت باید این منشور را مورد حمایت، ارتقاء، تضمین و تطبیق قرار دهد؛ (۳) کلیه حقوق و آزادی‌های مصرحه در معاهدات حقوق بشری بین المللی، میثاق‌ها و ابزارهای امضاء شده توسط جمهوری سودان باید جزء تفکیک ناپذیر این منشور تلقی شود؛ (۴) قانونگذاری باید حقوق و آزادیهای مذکور در این منشور را ترتیب و تنظیم نماید و نباید هیچ کدام از این حقوق را کاهش داده یا نقض نماید».

رعایت شود»^{۱۹} نامیده شده است و یک قاعده از حقوق بین الملل عرفی است. بنابراین برای افغانستان نیز الزام آور است.^{۲۰} به علاوه، ماده ۲۷ کنوانسیون وین تأکید می کند که «یک عضو نباید به یک مقرر از حقوق داخلی جهت توجیه قصور در اجرای یک معاهده استفاده کند.» بدین ترتیب، با توجه به صراحت احکام کنوانسیون وین، آشکار است که معاهدات بین المللی هم عرض قوانین اساسی داخلی نمی باشند.

به علاوه، مطابق حقوق بین الملل، یک معاهده بین المللی مقدم بر مقررات حقوق داخلی است؛ بسیاری از معاهدات بین المللی صراحتاً به این مفهوم اشاره می کنند. به حیث نمونه ماده ۲ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی مقرر می کند که «دولت های طرف این میثاق متعهد می شوند که حقوق شناخته شده در این میثاق را درباره کلیه افراد مقیم در ساحه و تابع حاکمیت شان... محترم شمرده و تضمین کنند» و فقره ۲ این میثاق مقرر کرده است که دول عضو باید قوانین و تدابیر دیگری را جهت تنفیذ حقوق شناخته شده در این میثاق وضع نموده، اتخاذ کنند. همانگونه که در مباحث فوق شرح داده شد، حقوق بین الملل، قوانین داخلی را به عنوان توجیه عدم انطباق با تعهدات ناشی از معاهدات نمی پذیرد.

نتیجتاً، کلیه مراجع دولتی افغانستان هم به موجب حقوق بین الملل و هم طبق قانون اساسی داخلی وظیفه تفسیر و تطبیق قوانین داخلی مطابق با منشور ملل متحد، معاهدات بین الدولی و میثاق های بین المللی که افغانستان آنها را تصویب کرده یا ملحق به آنها شده است و نیز مطابق با اعلامیه جهانی حقوق بشر را دارند.

سرانجام، قانون اساسی افغانستان سلسله مراتب میان مقررات حقوق بین المللی و قوانین داخلی را تعیین نکرده است. اگر چه حقوق بین الملل هیچ روش خاصی برای تطبیق تعهدات بین المللی تعیین نکرده است، دولت ها باید اطمینان حاصل کنند که قوانین، مقررات و رویه های قضایی و اداری داخلی به تعهدات ناشی از الحاق آنها به معاهدات بین المللی به نحو کامل جنبه اجرایی

^{۱۹} کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات در تاریخ ۲۳ می ۱۹۶۹ امضاء شد و در تاریخ ۲۹ جنوری ۱۹۸۰ نافذ گردید؛ سازمان ملل متحد، از مجموعه معاهدات، مجلد اول، ۱۱۵۵، ۳۳۱.

^{۲۰} افغانستان کنوانسیون وین را در مورخ ۲۳ می ۱۹۶۹ امضاء کرد. از آن زمان تاکنون، سند تصویب یا الحاقی از طرف این کشور به دبیر کل سازمان ملل متحد ارایه نگردید. بنابراین افغانستان، عضو این کنوانسیون نمی باشد (تفاوت میان امضاء، تصویب و الحاق در مبحث «معاهدات و میثاق های بین الدولی/بین المللی» فصل دوم ب II. (aa) IA توضیح داده خواهد شد. کنوانسیون وین موازین به رسمیت شناخته شده تحت عنوان حقوق بین الملل عرفی را به نحو قانونی تنظیم می کند. بنابراین، این مقررات برای کلیه کشورها، حتی کشورهایی که طرف قرارداد نیستند الزام آور می باشند. این معاهدات تحت آدرس زیر قابل دریافت است:

<http://untreaty.un.org/ENGLISH/englishinternetbible/Part/ChapterXXIII/treaty.asp>.

۳. قوانین عادی

قوانین موضوعه عادی یک منبع مهم حقوق می باشند. در بسیاری از موارد، حقوق بین الملل دولت ها را مکلف به وضع قوانین داخلی جهت اجرای کامل حقوق بشر و حتی گاهی ایجاد تغییراتی در برخی قوانین خاص مانند قوانین جزایی می کند. به حیث مثال، مطابق ماده ۴ (الف) کنوانسیون بین المللی رفع هر گونه تبعیض نژادی دولت های عضو

«نشر هر گونه افکار مبتنی بر تفوق یا نفرت نژادی یا تحریک به تبعیض نژادی و همچنین اعمال زور یا تحریک به زور علیه هر نژاد و یا هر گروه که از حیث رنگ و قومیت متفاوت باشند و نیز بذل هر نوع مساعدت به شمول کمک مالی متفاوت به فعالیت های تبعیض نژادی را قانوناً از جرایم قابل مجازات باید اعلام نمایند.»

بنابراین قوانین عادی برای درک و تصدیق حقوق بشر نقش مهمی دارند. با وجود این، همان گونه که بعداً ملاحظه خواهیم کرد،^{۲۱} این قوانین ممکن است حقوق بشر را نیز نقض نمایند.

نه تنها حقوق بین المللی، بلکه قانون اساسی افغانستان نیز معیارهایی را برای وضع قانون توسط دولت تعیین نموده و موازینی را که باید از طریق قوانین موضوعه تطبیق شوند ایجاد کرده است؛ با این وجود، این مقنن است که باید نسبت به وضع و اعلام قوانین خاص و طرح های قانونی در هر زمینه اقدام کند.^{۲۲} بنابراین، شورای ملی افغانستان با وظیفه سختی رو به رو است و هنوز بسیاری از طرح های قانونی تنظیم و یا تصویب نشده اند.

فراتر از این، بسیاری از قوانینی که هنوز نافذ می باشند توسط دولت های مختلف و رژیم های گوناگون با ایدئولوژی ها و اولویت های متفاوت وضع شده اند و ممکن است بیش از این قابل تطبیق نباشند. آن دسته از قوانین موضوعه یا قسمتی از آنها که پیش از قانون اساسی سال ۱۳۸۲ وضع شده اند صرف در صورتی قابل تطبیق می باشند که منطبق با احکام قانون اساسی باشند. مطابق ۱۶۲ قانون اساسی افغانستان، «قوانین و فرامین تقنینی مغایر احکام قانون اساسی جدید ملغی می باشد.»

از طرف دیگر، پس از تصویب قانون اساسی فرض بر این است که قوانین موضوعه عادی با

^{۲۱} بنگرید به «محدودیت ها و تعديات به حقوق اساسی و حقوق بشر»، فصل دوم، گفتار چهارم، ب).

^{۲۲} به حیث مثال، قسمت دوم ماده ۹ قانون اساسی افغانستان مقرر می کند: «حفاظت و اداره املاک دولت و طرز استفاده درست از منابع طبیعی و سایر املاک عامه توسط قانون تنظیم می گردد». یا قسمت پنجم ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان بیان می کند «وظایف و صلاحیت های وکلای مدافع توسط قانون تنظیم می گردد.»

قانون اساسی مطابقت دارند. انطباق آنها با قانون اساسی صرف توسط ستره محکمه ممکن است مورد چالش قرار گیرد (ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان)؛ سایر محاکم صالح به بررسی این قوانین نمی‌باشند. اگر یک قاضی در حال رسیدگی قضایی به یک قضیه، درخصوص مطابقت قانون عادی با قانون اساسی دچار تردید و شک باشد، باید موضوع مذکور را از ستره محکمه پرسش نماید.

به علاوه، از آنجا که افغانستان، جمهوری اسلامی است، قوانین جدید باید مطابق با اصول اسلامی باشند. این شرط ضروری در ماده ۳ قانون اساسی مقرر شده و راهبر و هدایت کننده قانون‌گذاران است.

با وجود این، این مقرره باید به نحو مضیق و محدود تفسیر گردد. عبارت «معتقدات و احکام دین مقدس اسلام» باید این گونه فهم شود که صرف شامل اصول مورد اجماع کلیه مذاهب و مکاتب اسلامی گردد، زیرا حمایت از یک مکتب خاص (فقه) توسط قانون اساسی الزامی نشده است.^{۲۳}

به علاوه این امکان وجود دارد که ساحه ماده ۳ قانون اساسی افغانستان را بیشتر محدود کنیم، به نحوی که صرف شامل پنج اصل عقیده اسلامی گردد.^{۲۴}

هم رییس جمهور و هم ستره محکمه صلاحیت بررسی یک قانون پیشنهادی بر مبنای انطباق آن با قانون اساسی را دارند، اما در زمانی متفاوت از پروسه تقنینیه. قسمت اول ماده ۶۴ قانون اساسی افغانستان به رییس جمهور صلاحیت نظارت بر تطبیق قانون اساسی به شمول تطبیق ماده ۳ قانون اساسی افغانستان را می‌دهد. این امر به معنای آن است که رییس جمهور حق رد (وتو) داشته و می‌تواند از نافذ شدن هر قانون مناقض با قانون اساسی جلوگیری کند. با این وجود، به محض آن که یک قانون وضع شد، صرف ستره محکمه می‌تواند در رابطه به مطابقت قانون با ماده ۳ قانون اساسی افغانستان اتخاذ تصمیم کند و این اتخاذ تصمیم باید صرف در ساحه و محدوده ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان باشد.^{۲۵}

مطابق ماده ۱۶۲ قانون اساسی افغانستان قوانین مغایر با احکام قانون اساسی به صورت خود به

²³ این رویه مغایر با قوانین اساسی سابق افغانستان مانند قانون اساسی ۱۹۳۱ است که در ماده ۱۱ آن اعلام شده بود «دین افغانستان دین مذهب مقدس اسلام است و مذهب رسمی و مذهب مردم به طور کلی، مذهب حنفی است».

²⁴ برای بحث تفصیلی بنگرید به «ماده ۳ قانون اساسی افغانستان به عنوان تضمین قانون اساسی و محتوای آن» در رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اساسی، مجلد اول، فصل سوم، گفتار یکم (جمهوری اسلامی)، ۲-۲، (۱).

²⁵ برای بحث تفصیلی بنگرید به «ماده ۳ قانون اساسی افغانستان به عنوان تضمین قانون اساسی و محتوای آن» در رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اساسی، مجلد اول، فصل سوم، گفتار یکم (جمهوری اسلامی)، ۲-۲، (۱).

خود (اتوماتیک) ملغی می‌باشند. بنابراین می‌توان تصور نمود که ستره محکمه می‌تواند قوانین و فرامین تقنینی را که مناقض با قانون اساسی هستند، باطل اعلام نموده و آنها را لغو کند. قانونی بودن قوانین عادی حسب میزان انطباق آنها با قانون اساسی سنجش می‌شود، امری که موجب ایجاد سلسله مراتب روشن و آشکار میان قانون اساسی و قوانین عادی می‌گردد. در سلسله مراتب قوانین، قوانین عادی پس از قانون اساسی قرار می‌گیرند و بعد از آنها مقررات یا فرامین قوه مجریه قرار دارد. اگرچه در قانون اساسی ذکر نشده است، لیکن مطابق اصل حاکمیت قانون و دموکراسی، فرامین و مقررات و غیره باید مطابق با قوانین عادی باشد.

سرانجام، مطابق قسمت دوم ماده ۷۶ قانون اساسی افغانستان مقررات دولتی باید مناقض نص یا روح هیچ قانون نباشند.

۴. قوانین (حقوق) شرعی

همانگونه که پیش از این مورد اشاره قرار گرفت، افغانستان یک جمهوری اسلامی است. بنابراین، مطابق ماده ۳ قانون اساسی افغانستان هیچ قانون نمی‌تواند مخالف احکام و معتقدات اسلام باشد. با وجود این، قانون اساسی افغانستان مقرر نمی‌کند که قوانین شرعی^{۲۶} باید یک منبع حقوق در افغانستان باشد. اگرچه اصول اسلامی باید در کلیه اجراءات و تشریفات دولتی مورد رعایت قرار گیرد، لیکن تنها قسمت دوم ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان صراحتاً به فقه حنفی به عنوان منبع غالب و حاکم تفسیر از قوانین شرعی در کشور ارجاع می‌دهد. بنابراین، محاکم به هنگام تصمیم‌گیری راجع به قضایا، باید نسبت به تعمیم احکام قانون اساسی و سایر قوانین اقدام کنند (قسمت اول ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان) نه قوانین اسلامی. به علاوه، قانون اساسی مقرر می‌کند در جمهوری اسلامی افغانستان، قوانین شرعی آخرین وسیله است و صرف جهت تصمیم‌گیری در مواردی قابل استفاده است که هیچ حکمی در قانون اساسی و سایر قوانین وجود ندارد. فراتر از این، حتی زمانی که قاضی به قوانین شرعی مراجعه می‌کند،

^{۲۶} از لحاظ لغوی «شریعت» به معنای «راهی است که باید پیروی شود» و در اصطلاح به معنای راهنمای آشکار است. منبع اصلی و اولیه شریعت سخن خداوند است که در قرآن و در رفتار پیامبر اسلام (سنت) نمود پیدا کرده است. تفسیر شریعت به وسیله متخصصان مکاتب حقوقی اسلامی (فقیه) صورت می‌گیرد. تفسیر شریعت که از طریق انشقاق از شریعت و اعمال آن ایجاد شده است، فقه نامیده شده است، که در لغت به معنای «فهم و استنباط» یا «بصیرت و آگاهی» است. متخصصان حقوق اسلامی، به مدارس یا مکاتب حقوقی مختلف یا تفاسیر متفاوتی تعلق دارند (مذاهب) که هر کدام در قسمت‌های مختلف جهان اسلام غالب می‌باشند. در افغانستان، مذهب حنفی غالب است. اصطلاح «حقوق اسلامی» عموماً به تمامیت نظام حقوقی (شریعت) و تفسیر آن (فقه) اطلاق می‌شود. با این وجود، این نکته مهم است که جهت تمیز میان شریعت و فقه و تفکیک میان اصطلاحات، این دو مفهوم نباید به جای یکدیگر مورد استفاده قرار گیرند. زیرا در حالی که شریعت هم مصون از خطا و هم غیر قابل لغو می‌باشد، مفاهیم فقهی ممکن است حسب شرایط زمان و مکان تغییر یابند.

تصمیم محکمه باید مطابق با قانون اساسی باشد و در کلیه قضایا به بهترین وجه عدالت را تأمین کند. (قسمت دوم ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان). بنابراین، در افغانستان، فقه حنفی اسلامی، یک منبع فرعی (غیر اصلی) برای تفسیر در رسیدگی قضایی است و تعمیم آن محدود به احکام قانون اساسی می‌باشد. این امر به معنای آن است که قانون اساسی به عنوان منبع برتر و عالی حقوق در مقایسه با قوانین اسلامی تلقی می‌شود.

در راستای رویه مبتنی بر قانون اساسی در بیشتر کشورهای اسلامی، ماده ۱۳۱ قانون اساسی افغانستان بیان می‌کند که محاکم باید نسبت به اعمال احکام مذهب تشیع در قضایای مربوط به احوال شخصیه اقدام کنند؛ احکام مذهب شیعه باید مطابق با احکام قانون تطبیق گردد. همچنین در قضایایی که طرفین دعوی از شیعیان باشند، نیز فقه شیعی اعمال می‌شود، مگر آن که در قانون حکم خاصی وجود داشته باشد (قسمت دوم ماده ۱۳۱ قانون اساسی).

اگرچه احکام و قوانین شریعت به عنوان یک منبع حقوق در افغانستان اعلام نشده است، لیکن برخی قوانین موضوعه به قوانین شرعی ارجاع داده‌اند. به عنوان مثال، ماده اول قانون جزا صراحتاً مقرر کرده است که قانون جزا صرف ناظر به جرایم و جزایهای تعزیری است، در حالی که جرایم و جزایهای قصاص، حدود و دیت باید مطابق به احکام فقه حنفی شریعت اسلام مجازات گردند. احکام و مقرراتی مانند ماده مذکور موجب طرح سئوالاتی راجع به اصل قانونی بودن و انطباق با معاهدات حقوق بشری بین‌المللی (یک منبع حقوق در افغانستان) می‌شود.^{۲۷} ستره محکمه افغانستان دارای صلاحیت حل و فصل هرگونه تعارضی که ممکن است در نتیجه ارجاع به قوانین شرعی ایجاد گردد، با تأکید بر تفاسیری از شریعت که هم‌نوا با حقوق بین‌الملل و سنت حقوقی افغانستان باشد، است.

^{۲۷} برای بحث تفصیلی بنگرید به:

S. Tellenbach, "Fair Trial Guarantees under Islamic Afghan Constitutional and International Law", *Zeitschrift für Ausländisches Recht und Völkerrecht* 64 (2004), 929 (931); M. Knust Rasekh Afshar, "The Case of an Afghan Apostate- The Right to a Fair Trial between Islamic Law and Human Rights in the Afghan Constitution," *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 10 (2006) 591 et seq.

گفتار دوم: روش‌های تفسیر

الف) اصول و روش‌های کلی

در اسناد حقوقی، اجراآت و تعاریف اصطلاحات، اغلب به نحو دقیقی ذکر شده‌اند، در حالی که قوانین متنی (ماهوی) اغلب به نحو کلی عبارت‌بندی شده، مبتنی بر استفاده از جملات کلی و عامی که به نحو آگاهانه و ارادی مبهم، تنظیم شده‌اند، می‌باشند. برای تفسیر احکام و موازین دارای عبارات و جملات مبهم از مجموعه روش‌ها و اصول تفسیری استفاده می‌کنیم. کنوانسیون وین در خصوص حقوق معاهدات، قواعدی کلی برای تفسیر معاهدات بین‌المللی ارائه کرده است.^{۲۸} ماده ۳۱ این کنوانسیون مقرر می‌کند که:

۱. «یک معاهده باید با حسن نیت مطابق به معنای عادی اصطلاحات مورد استفاده

در معاهده و با توجه به زمینه استفاده از آن و هدف و مقصود آن تفسیر شود.

۲. زمینه برای هدف تفسیر یک معاهده باید علاوه بر انطباق با متن، شامل مقدمه و ملحقات آن نیز شود.

(أ) هرگونه توافق در ارتباط به معاهده که میان طرفین آن در خصوص نتایج معاهده صورت گرفته است؛

(ب) هر ابزار و وسیله‌ای که توسط یک یا چند طرف از طرفین معاهده در ارتباط به نتیجه معاهده ایجاد شده و توسط سایر اعضا به عنوان ابزار مرتبط به معاهده پذیرفته شده است؛

۳. باید ضمن توجه به زمینه، این موارد نیز مدنظر قرار گیرد:

(أ) هر نوع توافق بعدی میان طرفین معاهده در ارتباط به تفسیر معاهده یا تطبیق احکام آن؛

(ب) هر رویه بعدی در تطبیق معاهده که توافق طرفین در تفسیر آن را ایجاد می‌کند؛

(ج) هر قاعده مربوط به حقوق بین‌الملل که در روابط میان طرفین قابل تطبیق باشد؛

۴. یک معنای خاص به یک اصطلاح، زمانی داده می‌شود که ثابت شود طرفین چنان قصدی داشته‌اند.

قواعد مذکور برای تفسیر احکام مبهم در معاهدات بین‌المللی حقوق بشری دارای اهمیت می‌باشند.

²⁸ کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات در تاریخ ۲۳ مای ۱۹۶۹ در وین پذیرفته شد. این کنوانسیون در ۲۷ جنوری ۱۹۸۰ نافذ گردید. سازمان ملل متحد، مجموعه معاهدات، مجلد ۱۱۵۵، ۳۳۱.

اگرچه ساحه این کنوانسیون محدود به معاهدات بین‌المللی است، لیکن قواعد مربوط به تفسیر سندهای حقوقی بین‌المللی مذکور در فوق نیز به طور وسیع نظام حقوقی ملی مورد استفاده قرار می‌گیرد.

روش‌های تفسیر عبارتند از (۱) تفسیر متنی یا گرامری؛ (۲) ساختاری یا کارکردی؛ (۳) تفسیر غایی و (۴) تفسیر تاریخی (استفاده از تاریخ قانون‌گذاری). اهمیت هر یک از این روش‌ها نسبت به دیگری ممکن است بسته به نظام مورد نظر متفاوت باشد. بدین طریق که برخی نظام‌ها برای تمامی روش‌های تفسیر اهمیت و ارزش یکسان قائل‌اند و برخی نظام‌های دیگر تنها وقتی توسل به تاریخ قانون‌گذاری را جایز می‌دانند که تفسیر گرامری ابهام را بر طرف کند.

۱. تفسیر متنی یا گرامری

خواه آنکه ما در حال تفسیر یک قانون اساسی باشیم یا یک معاهده بین‌المللی یا قانون داخلی عادی، متن (سند) نقطه آغاز را معین می‌کند. به علاوه، ما معانی ساده‌ای را به کلیه اصطلاحات نسبت می‌دهیم. اگر معنای کلمات روشن و غیر مبهم باشد، هیچ جایی برای تفسیر اضافه وجود ندارد. الفاظ و عبارات متن همچنین محدوده هر تفسیری را مشخص می‌کنند. بنابراین، هر تفسیری که به وسیله روش‌های دیگر انجام می‌شود باید منطبق با عبارات حکمی باشد که تفسیر گردیده است. این نوع تفسیر متنی یا گرامری در کشورهای دارای نظام کامن‌لاو موسوم به «قاعده معنای ساده» است.

۲. تفسیر ساختاری یا کارکردی

تفسیر ساختاری یا کارکردی اغلب تحت عنوان «تفسیر سیستماتیک» (نظام مند) نیز نامیده شده است. در کشورهای دارای نظام کامن‌لاو به این نوع تفسیر به عنوان قانون *noscitur a sociis* یعنی «آن به وسیله همراهان خود شناخته می‌شود»^{۲۹} اطلاق می‌گردد. وقتی در حال انجام تفسیر ساختاری یا کارکردی هستیم، معنای داده شده به اصطلاحات و عبارات یک سند باید در زمینه مورد استفاده در آن یا در ساحه حقوقی استفاده شده، مدنظر قرار گیرد. بنابراین، ما به تحلیل و بررسی ساختار کل سند یا قانون پرداخته و هر حکم یا قاعده را نظر به کارکرد مورد نظر آن به عنوان جزء جدایی‌ناپذیر یک سیستم جامع و وابسته به هم تفسیر می‌کنیم.

²⁹ "It is known by its associates."

به حیث مثال، مهم است که تعیین کنیم آیا یک حکم یا قاعده مشخص، ایجاد کننده تنها حکم در رابطه به یک موضوع است یا آنکه باید آن را در زمینه و با سایر احکام مدنظر قرار داد. اگر یک حکم، استثنایی بر یک قاعده ایجاد کند که در جای دیگری از متن وجود دارد، استثناء باید به نحو مضیق تفسیر شود و هیچ گونه قیاسی امکان پذیر نیست. نتیجه گیری از طریق قیاس صرف در صورتی قابل قبول است که سند حقوقی دارای خلاء باشد، مانند آنکه هیچ کدام از قوانین موجود در رابطه با موضوع، حکمی نداشته باشد و قاعده یا حکمی مورد قیاس قرار گرفت تا به شرایط قابل مقایسه توجه داشته باشد. با این وجود، توسل به قیاس در قضایای مربوط به امور جزایی ممنوع است.

۳. تفسیر غایی

تفسیر غایی بر هدف و مقاصد کلی سند متمرکز است. با وجود این، هدف و مقصد یک قانون در خلاء به سختی قابل تعیین و تعریف است. در نتیجه، ما صرف از روش تفسیر غایی در راستای سایر روش ها استفاده می کنیم. ما معمولاً به روش تفسیر غایی صرف وقتی که سایر روش ها به نتایج روشنی منجر نشود یا وقتی که متن قانون قدیمی و کهنه است، توجه می کنیم. در کشورهای دارای نظام کامن لاو، صرف ستره محکمه یا محاکم عالی می توانند از این روش تفسیر که موسوم به «قاعده دو بهم زنی»^{۳۰} در کامن لا است، استفاده کنند.

۴. تفسیر تاریخی یا تاریخ قانون گذاری

تاریخ قانون گذاری یک مقررہ یا سند حقوقی ممکن است مورد بررسی قرار گیرد.^{۳۱} نمونه هایی از تاریخ قانون گذاری شامل مضبوطات مباحث مطروحه در پارلمان که منجر به وضع یک قانون شده است و به علاوه مطالعه جایگاه تاریخی و اجتماعی-سیاسی آن است.

(ب) اصول و روش های خاص

به حیث بخشی از حقوق اساسی، حقوق اتباع در قانون اساسی و حقوق بشر، احکام و قواعد برتر می باشند. قوانین عادی و مقررات و مصوبات اداری باید منطبق با حقوق مبتنی بر قانون اساسی و حقوق بشر باشند.

³⁰ Mischief Rule

³¹ ماده ۳۲ کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات مقرر می کند که «منابع شامل کار آماده سازی معاهده و شرایط و اوضاع و احوال نتیجه گیری آن ممکن است ابزار تکمیلی تفسیر باشند؛ برای این که معنای منتج از تفسیر مطابق ماده ۳۱ تحکیم و تقویت شود، یا آنکه معنای آن به هنگام تفسیر تعیین شود، مطابق ماده ۳۱: (الف) معانی مبهم یا غامض رها می شوند؛ یا (ب) منجر به نتیجه ای می شود که آشکارا پوچ و غیر متعارف است.»

قانون اساسی یک سند مکتوب است و همانند همه سندهای مکتوب، خود تفسیر کننده خویش نیست. به علاوه، قانون اساسی هم یک سند حقوقی و هم یک سند سیاسی است. بنابراین، تفسیر حقوق مبتنی بر قانون اساسی ممکن است گاهی بسیار مشکل باشد. در طول تاریخ، حقوق مبتنی بر قانون اساسی به لحاظ سیاسی الزاماً امتداد یافته، بیشتر شده‌اند و تفسیر و تطبیق آنها موجب ایجاد اختلاف‌های سیاسی بیشتری شد.^{۳۲}

همانند قانون اساسی، متون حقوق بشری اغلب مبهم و انتزاعی‌اند. با وجود این، یکی از مهمترین دستاوردهای دولت‌های مبتنی بر قانون اساسی مدرن این است که اعمال حاکمیت توسط قانون تنظیم شده است. متون حقوق بشری، اعمال قدرت میان دولت و اشخاص را تنظیم می‌کند و حاکمیت قانون مستلزم آن است که تفسیر قوانین حقوق بشری و اساسی تحت حکومت قواعد روش شناختی سخت و معینی باشد.

اگرچه همه محاکم حق تفسیر قوانین را دارند، صرف ستره محکمه دارای قدرت بررسی مطابقت معاهدات بین‌الدولی / بین‌المللی و میثاق‌ها و تصامیم تقنینی و اداری با قانون اساسی می‌باشد. (ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان). ستره محکمه در عین انجام نقش تفسیر کننده‌اش، باید متمرکز بر حمایت از حقوق بشر و آزادی‌ها، حمایت از اشخاص در مقابل تعدیات قدرت دولتی و اجرای عدالت باشد. بنابراین، حمایت از اشخاص در مقابل اقدامات وراقانونی (غیرقانونی) دولت، هدف اصلی تفسیر قواعد قانون اساسی است.

به طور کلی یکی از اصول پذیرفته شده در تفسیر قانون اساسی و حقوق بشری، اصل «در حالت شک آزادی حاکم است»^{۳۳} می‌باشد که مستلزم تفسیر آزادی خواهانه از حقوق اشخاص و تفسیر مضیق از شرایط و عبارات محدود کننده آزادی است. اگر شرایط خاصی تحقق یابد، حقوق اشخاص حاکم بر حقوق اجتماع است و به هنگام تعارض میان آنها، حقوق اشخاص اولویت خواهد داشت. حقوق اشخاص باید در سایه زمینه فعلی آنها تفسیر شوند؛ درست به این دلیل که جهانی بودن حقوق بشر به معنای ورا زمانی بودن، غیرقابل تغییر یا مطلق بودن آنها نیست.

اگر دو حق مذکور در قانون اساسی با ارزش یکسان با یکدیگر متصادم و متعارض باشند، محکمه باید اقدام به اجرای اصل مطابقت یا توافق کند که بر اساس آن در صورتی که

^{۳۲} با وجود این، تصور این که تفسیر قانون اساسی و به خصوص حقوق مبتنی بر قانون اساسی بیشتر سیاسی است تا حقوقی و قضایی، حقیقت ندارد.

^{۳۳} *in dubio pro liberate*

تعارضی ایجاد شود، هیچ حق یا منفعت مذکور در قانون خاصی نباید غالب و حاکم بر دیگری شود. در نتیجه هر کدام از حقوق متعارض باید به نوعی محدود گردند که هر دو حق مذکور تا بیشترین حد ممکن، قابل اجرا باشند. بنابراین، قضات باید در جستجوی ایجاد توازن و انتخاب کلیه حقوق و اصول رقیب یکدیگر باشند. ایجاد توازن میان منافع در حال تعارض با یکدیگر، باید در سطح قضیه- به قضیه معین انجام شده و نباید به صورت انتزاعی صورت گیرد.

به علاوه، کلیه قواعد و احکام قانون اساسی باید تفسیر شوند تا از اختلاف و تعارض جلوگیری گردد. اصل وحدت و هموایی قانون اساسی مستلزم تفاسیری است که زمینه، اهداف و تمامیت احکام قانون اساسی را رعایت نموده، مورد احترام قرار دهند.

پ) وظیفه تفسیر قوانین عادی مطابق به قانون اساسی

همانگونه که در فصل اول نمبر ب. اول. ذکر شد برتری قانون اساسی بر تفسیر و تطبیق قوانین عادی تأثیرگذار است، زیرا قوانین موضوعه عادی باید در راستای قانون اساسی تفسیر گردند. آنگاه که دو یا چند تفسیر امکان پذیر باشد، در حالی که یکی از آنها ممکن است مطابق قانون اساسی و دیگری مناقض آن باشد، محاکم باید تفسیری که مطابق قانون اساسی است را انتخاب کنند. بنابراین قضات صرف دارای وظیفه انتخاب تفاسیری از احکام و مقررات حقوقی هستند که مطابق با قانون اساسی باشد. گاه این امر به معنای محدود کردن یک مقرر به تفسیری بسیار محدود و مضیق جهت حفظ آن از تعارض با قانون اساسی می باشد. همانگونه که قبلاً ذکر شد، مطابق ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان، ستره محکمه تنها ارگان ذیصلاح جهت بررسی انطباق یک قانون عادی با قانون اساسی است. فراتر از این، محکمه باید به اصل تفکیک قوا احترام گذاشته و خود را محدود به وظیفه تفسیر صرف نموده، از جایگزین کردن ارزش مورد نظر خود با ارزش مورد توجه مقنن خودداری کند.

ت) قابلیت اعمال موازین قوانین عادی

قوانین عادی به تنظیم کلیه زمینه های زندگی در جامعه می پردازند. بسیاری از احکام و مقررات ممکن است در رسیدگی قضایی نسبت به یک قضیه اعمال شوند؛ این احکام ممکن است از یک قانون عادی یا از مجموعه قوانین متفاوت دیگر استخراج گردند. بنابراین، قاضی رسیدگی کننده به دوسیه گاه باید راجع به قابلیت تطبیق احکام متعارض تصمیم بگیرد.

آنگاه که دو یا چند قاعده یا قانون متعارض باشند، دو اصل کلی ممکن است قابل بررسی باشد. اولین اصل موسوم به *lex specialis derogate legi generali* است که اغلب به

صورت مخلص به عنوان قاعده یا اصل *lex specialis* از آن یاد می‌شود. اصطلاح *lex specialis* به معنای آن است که یک قانون یا قاعده خاص مقدم بر قانون یا قاعده عام است. دلیل این امر آن است که ممکن است قانون (اخیر) از آن جهت که ناظر به تنظیم ساحه محدودتری است، بیشتر خاص (اخص) بوده، در حالی که قانون عام بر ساحه‌های بیشتر و عمومی‌تری اعمال می‌شود. به حیث مثال، قانون ناظر به تجمعات عمومی در قیاس با قانون پولیس یک قانون خاص است. بنابراین، در قضیه‌ای که قانون تجمعات عمومی نتیجه‌ای متفاوت از قانون پولیس ارایه می‌کند، در حالی که هر دو قانون به نحو متساوی قابل تطبیق می‌باشند، قانون تجمعات عمومی باید تعمیم شود. (به هر حال، لطفاً توجه داشته باشید جایی که قانون خاص و قانون عام در تعارض نباشند، هر دو قانون به نحو کامل قابل تطبیق خواهند بود).

اصل دوم در خصوص تعارض (قواعد و قوانین) هنجارگذار مربوط به قاعده *lex posterior derogate legi priori* می‌باشد که به معنای آن است که قانون وضع شده اخیر مقدم بر قانون سابق است. این تعارض ممکن است به عنوان مثال اینگونه ایجاد شود که مقنن برای قضایا یا ساحه‌ای که تاکنون مشمول قانون قدیم بوده است، قانون جدیدی وضع نماید.

صرف نظر از این دو قاعده کلی، هر ساحه‌ای از قانون در زمان تعارض احکام و قوانین، دارای قواعد قابل تطبیق خاص خودش است. این قواعد ارتباطی به حقوق بشر یا حقوق اساسی ندارند و باید در جلسات تعلیمی دیگر مورد بحث قرار گیرند.

فصل دوم: **حقوق (مبتنی بر قانون) اساسی و حقوق بشر**

در این فصل، فقط نگرشی کلی نسبت به آموزه‌های (دکترین) حقوق مبتنی بر قانون اساسی و حقوق بشر به اضافه پروسه بررسی موارد ادعای نقض آنها ارائه می‌شود. بنابراین، این فصل در واقع جنبه پیش‌گفتار و مقدمه‌ای بر بحث مفصل حقوق بشر در افغانستان، مذکور در فصل سوم را خواهد داشت.

گفتار یکم: مبدأ و منبع حقوق بشر

الف) انکشاف کلی

عقیده حقوق بشر دارای قدمتی به اندازه قدمت خود انسانیت است. تلاش‌ها برای شکل‌گیری و ایجاد حقوق بشر را می‌توان در قوانین باستان مانند قانون حمورابی در بابل (در حدود ۱۷۶۰ سال قبل از تولد مسیح) پیگیری نمود، که یکی از اولین مجموعه‌های مضبوط قانون است.

این قانون برخی حقوق مربوط به محاکمه منصفانه مانند حق متهم مبنی بر برائت (بری‌الذمه بودن) و حق اقامه دلیل را به رسمیت شناخته بود. همچنین قانون مذکور مجازات‌هایی را برای نقض حقوق زنان، اطفال و بردگان مقرر کرده بود.

امپراتور پارس طیف وسیعی از حقوق بشر را مورد تضمین و حمایت قرار داد. کوروش کبیر بعد از غلبه بر بابل در ۵۳۹ قبل از میلاد مسیح، منشور کوروش را صادر کرد؛ در سال ۱۹۷۱ سازمان ملل متحد اعلام کرد که منشور کوروش اولین متن مستند مکتوب حقوق بشری را

ایجاد نمود. در این منشور، کوروش بردگی را ملغی و اجرای آزادانه عقاید مذهبی را برای کلیه مردم تحت امپراتوری خود اعلام کرد. او همچنین یهودیان را آزاد نمود و به آنها اجازه بازگشت به سرزمین شان را داد.

امپراتوری یابوری‌ها در هندوستان قدیم نیز اقدام به گردآوری اصول حقوق مدنی اتباع در سه قرن قبل از میلاد نمود. در منطقه آشوکا، با کلیه اتباع صرف نظر از مذهب یا طبقه اجتماعی، به نحو متساوی رفتار می‌شد.

آشوکا به کلیه افراد تعلیم رایگان اعطا کرد و با محبوسان و خدمتکاران (در آن زمان در هندوستان بردگی وجود نداشت) با انسانیت و احترام رفتار می‌شد و شفاخانه‌هایی را بنا نهاد. درک و فهم حقوق بنیادین اشخاص تحت آموزه‌های یونانی-رومی و بعد از آن از طریق آثار بسیاری از فلاسفه و انسان‌گرایان اروپایی بیشتر انکشاف یافت.^{۳۴} در چنین جوامعی، نهادهای حقوق بشری به اسناد مذهبی مانند ودا، منتخبات ادبی کنفوسیوس، تورات، انجیل و قرآن بازمی‌گردند. به علاوه، این اسناد برخی از قدیمی‌ترین منابع مکتوب در ارتباط به حقوق و وظایف اشخاص را فراهم کردند.

نظریه‌های متعددی جهت توضیح این که چگونه حقوق بشر جزئی از جوامع ما شده است وجود دارد، اما نظریه حقوق طبیعی برجسته‌ترین نظریه در این خصوص است. از آنجا که نظریه حقوق طبیعی وجود حقوق بشر را به حیث یک موضوع حقوق طبیعی تلقی می‌کند که به هر شخص از آن جهت که انسان است تعلق می‌گیرد، و در هر جا و مکانی معتبر است، این نظریه امکان پذیرش رسمی و گسترده حقوق و آزادی‌های بشری را ایجاد می‌کند. این نظریه بر این عقیده است که حقوق طبیعی غیرقابل انتقال و جدانشدنی‌اند، برخورداری از آنها ارتباطی با نوع تابعیت (شهروندی) و حکومت ندارد، به هیچ گروه قومی، فرهنگی و مذهبی یا به جنس، سن و سرمایه خاصی تعلق ندارد. به علاوه، عقیده بر آن است که حقوق طبیعی مستقل از زمان و مکان وجود دارند و بنابراین ابدی و جاودانی است. اشکال مذهبی فلسفه حقوق طبیعی نیز وجود دارند که این مفاهیم را از دریافت‌ها و استنباط‌های مذهبی استخراج می‌کند، همچنین اشکال سکولار (غیرمذهبی) این فلسفه نیز وجود دارد که حقوق بشر را از کرامت انسانی جهان شمول استنباط می‌نماید. مهم‌ترین استدلال ممکن است این باشد که

^{۳۴} از جمله این فیلسوفان و انسان‌گرایان، عبارتند از: ارسطو، توماس آکویناس، اسپینوزا، گانفرید ویلهلم لایب‌نیتز، هوگو گروسیوس، جان لاک و ژان ژاک روسو که همه آنها به اضافه برخی دیگر در انکشاف حقوق بشر در قالب نظریه حقوق طبیعی تلاش مشترکی داشتند.

آدمی که خدا وی را خلق کرده باید واجد کرامت ذاتی باشد.

در طول سالها، این مفاهیم اخلاقی و اجتماعی از حقوق می‌بایست به شکل قوانین مکتوب خاص درآیند تا حمایت قانونی برای حقوق و آزادی‌ها را فراهم کنند. منابع مفهومی ماهیت و محتوای بیشتر قسمت‌های حقوق بین‌المللی بشر، از اصول قانون اساسی داخلی که با هدف حمایت از حقوق اشخاص در مقابل تعديات دولت‌ها تنظیم شده و در قوانین اساسی ملی یا قوانین بنیادین انعکاس پیدا کرده‌اند، اخذ شده است. قانون کییر (مگنا کارتا) انگلستان (۱۵ جون ۱۲۱۵)، اعلامیه استقلال آمریکا (۴ جولای ۱۷۷۶) و اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه (۱۱ آگوست ۱۷۸۹) از جمله مهمترین وقایع و اسناد در تاریخ حقوق بشر می‌باشند.^{۳۵} این اسناد بر موازین معاصر حقوق بین‌الملل بشر مانند آنچه که در اعلامیه جهانی حقوق بشر سازمان ملل متحد مندرج است، نیز تأثیر گذاشته‌اند.

انکشاف حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اشخاص در سطح بین‌المللی در قرن نوزدهم با نهضت ضد برده داری و قبول و تصویب قوانین بشر دوستانه مانند آنچه که در اولین کنوانسیون ژنویه به سال ۱۸۶۴،^{۳۶} کنوانسیون هاگ (لاسه) در سال ۱۸۹۹^{۳۷} و کنوانسیون ۱۹۰۷ هاگ^{۳۸} مندرج است، آغاز گردید. بعد از جنگ جهانی اول، جامعه ملل به حیث یکی از نتایج کنفرانس صلح پاریس در سال ۱۹۱۹ تأسیس شد؛ جامعه ملل سلف سازمان ملل متحد تلقی می‌شود. جامعه ملل بر آن بود که از طریق ایجاد امنیت جمعی، خلع سلاح، توسعه رفاه جهانی و حل و فصل اختلافات از طریق مذاکره و دیپلماسی از جنگ جلوگیری کند. تحت رهبری جامعه ملل، چندین نمایندگی و کمیسیون مانند سازمان بین‌المللی کار (ILO) در ۱۹۲۰، که در ارتباط با انکشاف شرایط کار برای مردان، زنان و اطفال بود، ایجاد شدند. به علاوه، میثاق جامعه ملل یک «نظام اجباری» ایجاد کرد که کشورهای عضو را به ارتقای رفاه و بهزیستی و انکشاف در ساحت‌هایی که بر آن حاکمیت داشتند، متعهد می‌نمود. با وجود این، صرف نظر از

^{۳۵} درباره انکشاف قوانین اساسی ملی و تأثیر آن بر تکامل حقوق اساسی بنگرید به: رهنمود ماکس پلانک برای حقوق اساسی، جلد اول، «تاریخ قوانین اساسی و مشروطیت»، فصل اول، گفتار سوم.

^{۳۶} اولین کنوانسیون ژنو در سال ۱۸۶۴ راجع به بهبود سرنوشت زخم‌داران و مریضان در نیروهای مسلح هنگام اردو کشی، متن آن تحت آدرس <http://www.Icrc.org/ihl.nsf/Intro/120?OpenDocument> قابل دسترسی است.

^{۳۷} کنوانسیون ۱۸۹۹ هاگ برای حل و فصل پاسیفیک اختلافات بین‌المللی، متن آن تحت آدرس <http://www.Icrc.org/ihl.nsf/Intro/150?OpenDocument> قابل دسترسی است.

^{۳۸} کنوانسیون ۱۹۰۷ هاگ راجع به رعایت قوانین و آداب و رسوم جنگ در سرزمین، متن آن تحت آدرس <http://www.Icrc.org/ihl.nsf/Intro/190?OpenDocument> قابل دسترسی است.

این تلاش‌ها و مجاهدت‌ها، میثاق جامعه ملل زیاد به موضوع حقوق بشر توجه نکرد.^{۳۹}

ب) انکشاف تحت نظام سازمان ملل متحد

پس از شرارت‌ها و بی‌رحمی‌های جنگ جهانی دوم، «کشورهای عاشق صلح جهان» در ۲۶ جون ۱۹۴۵ در سانفرانسیسکو گردهم آمدند و سازمان ملل متحد را جهت جایگزینی آن با جامعه ملل که ثابت شده بود مؤثر و کارا نیست، تأسیس نمودند. از زمان آغاز به کار این سازمان در سال ۱۹۴۵، سازمان ملل متحد با موضوع رعایت حقوق بشر همواره در ارتباط بوده است. منشور ملل متحد، که برای کلیه کشورهای عضو الزام‌آور است، اولین معاهده چندجانبه‌ای بود که به اعلام حقوق بشر می‌پرداخت. در مواد متعدد این منشور بر اهمیت حمایت و ارتقای حقوق بشر به علاوه ایجاد شرایط برای بهزیستی و رفاه اشخاص تأکید گردید. با این وجود، منشور ملل متحد خود اقدام به ارایه فهرستی از حقوق بشر نکرد. این منشور با عبارات کلی به تساوی مرد و زن و ممنوعیت تبعیض نژادی اشاره کرد.^{۴۰}

در سال ۱۹۴۶، سازمان ملل متحد کمیسیون حقوق بشر (CHR) را تأسیس نمود. این کمیسیون برای ایجاد طرحی تحت عنوان «منشور بین‌المللی حقوق بشر» تعیین شده بود. پس از مدتی کمیسیون تصمیم گرفت این منشور را در دو قسمت تهیه کند؛ یک طرح اعلامیه مشتمل بر اصول گسترده و یک طرح کنوانسیون به گونه‌ای که آن اصول را جنبه اجرایی داده و تا حدودی الزام‌آور سازد.^{۴۱} در دهم دسامبر ۱۹۴۸ مجمع عمومی سازمان ملل متحد به اتفاق آراء اولین قسمت یعنی «اعلامیه جهانی حقوق بشر» را پذیرفت و از آن زمان از حقوق بنیادین اشخاص دفاع نمود.^{۴۲}

اگرچه اعلامیه در ظرف هیجده ماه تهیه شد و به زودی تصویب گردید، اما دومین قسمت طرح «منشور بین‌المللی حقوق بشر»، یعنی میثاق‌های حقوق بشری، در سال ۱۹۶۶ پذیرفته شده و ده سال طول کشید تا نافذ گردد.

این میثاق‌ها تاکنون، جامع‌ترین معاهدات حقوق بشری می‌باشند که توسط جامعه جهانی تهیه

^{۳۹} همچنین جامعه ملل یک نظام بین‌المللی برای حمایت از اقلیت‌ها را انکشاف داد. این موضوع در قالب میثاق تنظیم نگردید لیکن در مجموعه‌ای از معاهدات پس از جنگ جهانی دوم مدنظر قرار گرفت.

^{۴۰} بنگرید به «منشور ملل متحد»، فصل دوم، گفتار دوم، ب)، ۱.

^{۴۱} برای مطالعه بیشتر راجع به منبع و مبدأ حقوق بشر، ساحه و تاریخ تقنین منشور بین‌المللی حقوق بشر مراجعه کنید به:

A. Vijapur/K.Savitri, "The International Covenants on Human Rights: An Overview," *Indian Quarterly* Vol. LXII, No. 2, 2006, P.1

^{۴۲} G. A.Res. 217A(III), U.N. Doc A/810 at 71 (1948).

شده‌اند و در مدت زمانی شکل گرفته‌اند که اعضای سازمان ملل متحد به سرعت در حال افزایش بودند، و ساختارها و ارگان‌های سازمان ملل متحد برای حفظ صلح و حمایت از آن در نقاط مختلف جهان درگیر بوده‌اند (مسئله‌ای که علت تأخیر در تصویب آنها را توضیح می‌دهد).

بنابراین «منشور بین‌المللی حقوق بشر» متشکل از اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی؛ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و دو پروتکل اختیاری الحاقی به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی است.^{۴۳} هر کدام از این اسناد و ابزارها مشتمل بر تعهدات الزام‌آور و متضمن سازوکار (مکانیزم)‌های اجرایی، همانند بررسی راپور کشورها به وسیله کمیسیون، که پس از آن نظریات و تفاسیر کلی را ارائه می‌کند، می‌باشد. (فصل آخر این رهنمود این مکانیزم‌های اجرایی را با تفصیل بیشتر بیان خواهد کرد). هر کشور برای این که عضو یک سند شود باید تصمیم بگیرد که آیا می‌خواهد تعهدات الزام‌آور مندرج در آن سند را بپذیرد و آیا آمادگی انطباق قوانین و رویه‌های خود جهت رعایت استانداردها و موازین مذکور در آن میثاق را دارد؟

ایجاد منشور بین‌المللی حقوق بشر، مسایل حقوق بشری متعددی را مطرح کرد و شخص (انسانی) را به (داشتن) جایگاهی بین‌المللی سوق داد. از آن پس، احترام و رعایت حقوق بشر دیگر در صلاحیت حاکمیت انحصاری دولت‌ها قرار ندارد.^{۴۴} بنابراین استانداردها و موازین حقوق بشری مذکور در «منشور بین‌المللی حقوق بشر» دارای آثار گسترده‌ای میان دولت‌ها و اتباع، میان اتباع و بین دولت‌ها می‌باشد. به علاوه، «منشور بین‌المللی حقوق بشر» مهمترین قانون و هسته حمایت از حقوق بشر گردید.

سرانجام، قوانین حقوق بشری سازمان ملل متحد در طول نیم قرن گذشته تکامل یافت و اکنون مسایل و جنبه‌های مختلف مانند حقوق بشردوستانه، نسل‌کشی (ژنوساید)، بردگی، تبعیض، مدیریت و اجرای عدالت، خشونت علیه زنان، انکشاف اجتماعی، تحمل و مدارای مذهبی و موقعیت اقلیتها و پناهندگان را مورد توجه قرار می‌دهد.^{۴۵}

^{۴۳} اولین پروتکل اختیاری به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به اتباع یک کشور عضو اجازه می‌دهد که شکایت‌های شخصی خود را در کمیسیون حقوق بشر مطرح کنند. دومین پروتکل اختیاری به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی با هدف لغو مجازات اعدام ایجاد شد. افغانستان این دو پروتکل الحاقی را تصویب نکرد.

^{۴۴} بنگرید به بحث «مقدمه‌ای بر حقوق بین‌الملل»، فصل دوم، گفتار دوم، ب، (۱).

^{۴۵} ابزارها و اسناد حقوق بشری مرتبط با مدیریت و اجرای عدالت در افغانستان در فصل دوم، گفتار دوم معرفی خواهند شد.

گفتار دوم: منابع حقوق بشر قابل تطبیق در افغانستان

در این قسمت، ما به بررسی مقررات حقوق بشری از منابع حقوق که در فصل اول این رهنمود معرفی شده‌اند، می‌پردازیم. اگرچه برخی قوانین عادی امکان حمایت از حقوق بشر را فراهم می‌کنند، لکن تعداد آنها جهت بحث و بررسی بسیار زیاد است. تمرکز این قسمت بر منابع حقوق بین‌الملل بشر و حقوق بشر اسلامی می‌باشد.

الف) قانون اساسی افغانستان

فصل دوم قانون اساسی افغانستان با عنوان «حقوق اساسی و وجایب اتباع»، به شرح و بیان حقوق بنیادین اتباع افغانستان می‌پردازد. این فصل به تضمین مواردی از حقوق بشر برای هر فرد در ساحه افغانستان و تحت نظام حقوقی آن اقدام می‌کند. حقوق بشر مذکور در قانون اساسی افغانستان، حقوق مبتنی بر قانون اساسی می‌باشند و بنابراین به لحاظ سلسله مراتب بلندتر از حقوق عادی قانونی در سلسله مراتب قواعد حقوقی است. فراتر از این، حقوق مبتنی بر قانون اساسی هر سه قوه دولتی را ملزم و ملزم می‌کند و بنابراین این حقوق مرتبط با هر جزء از نظام حقوقی افغانستان می‌باشد.

از زمان اولین قانون اساسی افغانستان به سال ۱۹۲۳، همه قوانین اساسی افغانستان دارای فهرستی از حقوق اساسی اتباع می‌باشند. با این وجود، فهرست حقوق اساسی اتباع مذکور در قانون اساسی ۲۰۰۴ (۱۳۸۲) بسیار مفصل‌تر از فهرست‌های قبلی قوانین اساسی پیشین از جمله اخیر آنها یعنی قانون اساسی ۱۹۶۴ می‌باشد.^{۴۶}

فراتر از این، تصمیم به رعایت منشور ملل متحد و حمایت از معاهدات حقوق بین‌الملل بشر برای اولین مرتبه در تاریخ قانون اساسی افغانستان، در قانون اساسی ۱۳۸۲ صورت گرفت (ماده ۷ قانون اساسی افغانستان). قانون اساسی جدید مراجع دولتی افغانستان را ملزم به حمایت از حقوق بشر و کرامت انسانی جهت حصول به دموکراسی می‌نماید (ماده ۶ قانون اساسی افغانستان).^{۴۷} این احکام و مقررات قانون اساسی افغانستان را یکی از پیشرفته‌ترین قوانین اساسی

^{۴۶} برای مطالعه تفصیلی راجع به تحولات و انکشاف قوانین اساسی افغانستان، بنگرید به «تاریخ قانون اساسی در افغانستان»، رهنمود ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، مجلد اول، فصل یکم، گفتار سوم.

^{۴۷} ماده ۶ قانون اساسی افغانستان بیان می‌کند:

«دولت به ایجاد یک جامعه مرفه و مترقی بر اساس عدالت اجتماعی، حفظ کرامت انسانی، حمایت حقوق بشر، تحقق دموکراسی، تأمین وحدت ملی، برابری بین همه اقوام و قباایل و انکشاف متوازن در همه مناطق کشور مکلف می‌باشد.»

قلمداد نموده و در میان کشورهای اسلامی آن را منحصر به فرد ساخته است.^{۴۸}

ب) ابزارها و اسناد بین‌المللی حقوق بشری

افغانستان طرف چندین سند و ابزار حقوق بشری است. جهت درک بهتر هر کدام از این ابزارها و اسناد، ابتدا بحث مختصری راجع به حقوق بین‌الملل خواهیم داشت.

۱. مقدمه‌ای بر حقوق بین‌الملل

حقوق بین‌الملل را می‌توان به دو دوره زمانی تقسیم کرد: پیش از ۱۹۴۵ و بعد از ۱۹۴۵. به اولین دوره یعنی پیش از ۱۹۴۵ «حقوق بین‌الملل سنتی» اطلاق می‌شود. اشخاص در حقوق بین‌الملل سنتی که صرف ناظر به حقوق حاکم بر روابط میان دولت‌ها بود، موضوع آن نبودند. تأسیس سازمان ملل متحد مبدأ تاریخی جدیدی برای حقوق بین‌المللی گردید که از آن تحت عنوان «حقوق بین‌الملل جدید یا مدرن» یاد می‌شود که ویژگی خاص آن حمایت بدیع از حقوق بشری اشخاص (افراد) است.

سازمان ملل متحد تحت اصل برابری حاکمیت دولت‌های عضو آن قرار دارد (ماده (۱) ۲ منشور ملل متحد). دومین اصل حقوق بین‌الملل، اصل عدم مداخله است. مطابق ماده (۷) ۲ منشور ملل متحد، نه سازمان ملل متحد و نه هیچ دولت عضو آن مجاز به «دخاله در اموری که اساساً در ساحه صلاحیت داخلی دولت‌ها قرار دارد» نیست. دو اصل مذکور در فوق یکدیگر را تقویت می‌کنند، زیرا اصل حاکمیت مستلزم احترام و رعایت اصل عدم مداخله است.

تحت مقررات حقوق بین‌الملل سنتی، چگونگی رفتار یک دولت با اتباع و اشخاص فاقد تابعیت در ساحه سرزمین و حاکمیت آن، موضوعی بود که صرف از جمله امور داخلی آن دولت محسوب می‌شد. با این وجود، بعد از جنگ دوم جهانی، تعداد معاهدات بین‌المللی و منطوقی و کنوانسیون‌های حقوق بشری پیوسته افزایش یافت و بسیاری از کشورها به بیگانگان (حاضر در ساحه حاکمیت آنها) صرف نظر از ترتیبات میان دولت محل سکونت و دولت اصلی، حقوق انسانی معینی را اعطا کردند. فراتر از این، انکشاف‌های اخیر حاکی از آن است که حتی رفتار اتباع دیگر در ساحه صلاحیت انحصاری دولت قرار ندارد. به عنوان مثال، نقض

⁴⁸ S. Mahmoudi, "The Sharia in the New Afghan Constitution: Contradiction or Compilment", *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 64 (2004), 867, 873.

شدید حقوق بشر که توسط یک دولت علیه اتباع آن مورد ارتکاب قرار می گیرد، مانند برده داری، تبعیض نژادی و تعذیب و شکنجه، دیگر توسط جامعه بین المللی تحمل نمی گردد. در واقع، برخی مصادیق حقوق بشر اکنون مشمول قاعده *erga omnes* یا قاعده عام الشمول می باشند، به این معنا که جامعه بین المللی با هر نوع نقض شدید حقوق بشر سهم گرفته و هر دولتی می تواند نسبت به اقامه دعوی و تعقیب چنین اقداماتی که توسط دولت دیگر ارتکاب یافته است، عمل کند. قاعده عام الشمول دارای چنین تأثیری است زیرا مصالح و منافع و علایق غیرقابل انکار جهانی و اجتماعی، خواهان رعایت حقوق بنیادین مشخصی می باشد.^{۴۹} از زمان پایان جنگ جهانی دوم، حقوق بشر به صورت یک نگرانی مشروع برای جامعه بین الملل درآمده است.

ظهور نظم حقوقی بین المللی ارزش-بنیاد (ارزش محور)، نقض شدید حقوق بشر همانند جرایم علیه بشریت، جرایم جنگی و نسل کشی را خارج از ساحه حاکمیت دولت ها قرار داد. فراتر از این، با گسترش حاکمیت حقوق بین الملل به روابط میان دولت و مردم، نوعی دگرگون سازی شدید حقوقی و مفهومی اتفاق افتاد. مفهوم حاکمیت مطلق دولت های خودمختار، اعتبار خود را از دست داد و به جای آن حاکمیت نسبی پذیرفته شد؛ اکنون حاکمیت دولت محدود به تعهدات حقوق بشری آن در حقوق بین الملل است. در حال حاضر اقدامات دولت باید مطابق با معیارهای بین المللی ناظر به حقوق بشر باشد که در منابع مختلف حقوق بین الملل تشریح شده اند. این دگرگون سازی چیزی کمتر از «بین المللی کردن حقوق بشر و انسانی کردن حقوق بین الملل» نبود.^{۵۰}

^{۴۹} دیوان بین المللی عدالت مفهوم حقوق عام الشمول یا *erga omnes* را در قضیه مربوط به Barcelona Traction, Light and Power Co. LTD، که در تاریخ پنجم فوریه ۱۹۷۰ راجع به آن تصمیم گرفت، به رسمیت شناخت. اظهار نظر قضایی دیوان در این قضیه چنین است:

«۳۳. آن گاه که یک دولت در ساحه خود سرمایه گذاری خارجی یا اتباع خارجی را می پذیرد، خواه آنکه اشخاص حقیقی یا حکمی باشند، آن دولت ملزم به گسترش حمایت حقوقی خود نسبت به آنها بوده و تعهدات مربوط به رفتار با آنها را پذیرفته است. این تعهدات، به هر حال، نه مطلق و نه فاقد شرایط لازم و غیر کافی هستند. به خصوص، یک تمایز اساسی میان تعهدات یک دولت نسبت به جامعه بین المللی به طور کل و آن تعهداتی که در مقابل دولت دیگر در زمینه حمایت دیپلماتیک وجود دارد، باید قائل شد. با توجه به ماهیت خاص این تعهدات، تعهدات نوع اول مربوط به کلیه دولت ها می شود. از جهت اهمیت حقوق مربوطه، هر دولتی را می توان دارای منفعتی در حمایت هایش دانست، این تعهدات عام الشمول مربوط به همه (*erga omnes*) می باشند؛^{۳۴} چنین تعهداتی، به عنوان مثال، در حقوق بین الملل معاصر، مقتبس از نتایج اقدامات تجاوز کارانه، نسل کشی و نیز مستخرج از اصول و قواعد مربوط به حقوق بنیادین شخص انسانی از جمله حمایت از او در مقابل برده گی و تبعیض نژادی است.

برخی حقوق حمایتی تکمیلی به ساختار حقوق بین الملل عمومی نیز وارد شده اند (حق تحفظ ها یا رزروها نسبت به کنوانسیون جلوگیری و مجازات جرم نسل کشی، عقیده مشورتی، آی، سی، جی، راپور ۱۹۵۱، ص ۲۳)؛ برخی دیگر از این حقوق توسط اسناد و ابزارهایی با ویژگی جهانی یا نیمه جهانی اعطاء شده اند. [۱۹۷۰] گزارش ICJ، ۳۲.

^{۵۰} T. Buergenhä, "Human Rights: A Challenge for Universities", *NUESCO Courier* 31 (1978), 25, 28.

۲. منابع حقوق بین الملل

موازن و معیارهای بین المللی حسب منابع آنها دارای آثار حقوقی متفاوتی می باشند. مطابق ماده (۱) ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی عدالت، منابع حقوق بین الملل عبارتند از

«(أ) کنوانسیون های بین المللی، اعم از کنوانسیون های عام یا خاص، که قواعدی را که صراحتاً توسط کشورهای طرف مقابل پذیرفته شده است، ایجاد می کنند، (ب) عرف بین الملل، به حیث دلیل رویه عام پذیرفته شده به عنوان قانون و (ج) اصول کلی حقوق که توسط ملت های متمدن به رسمیت شناخته شده است».

۱-۱. معاهدات و کنوانسیون های بین المللی

معاهدات بین المللی، توافق هایی هستند که وفق حقوق بین الملل میان دولت ها یا سازمان های بین المللی منعقد می شوند. این معاهدات ممکن است دارای عناوینی مانند «توافقنامه»، «میثاق»، «کنوانسیون» یا «پروتکل» نیز باشند و ممکن است دو جانبه (صرف میان دو دولت) یا چند جانبه (میان بیش از دو دولت) باشند. در حقوق معاهدات، قاعده «قرارداد باید رعایت شود» اصل اساسی و محوری است. همانگونه که تعهدات در حقوق بین الملل به نحو سنتی صرف ناشی از رضایت دولت ها تلقی می شوند، دولت دارای حاکمیت مجبور به امضاء، تصویب، تأیید و الحاق به یک معاهده نمی شود. بنابراین، یک دولت صرف زمانی ملتزم به اجرای یک معاهده می شود که رضایت خود به التزام به آن را اعلام کرده باشد. کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات متضمن قواعدی در باره تصویب و تنفیذ معاهدات است.

دو راه برای اینکه یک دولت رضایت خود را ابراز کند وجود دارد: با امضا و سپس تصویب یا تأیید آن و یا با اقدامی همچون الحاق بدون آنکه پیش تر آن را امضا کرده باشد. رضایت یا قبول را باید یکی از افراد زیر ابراز نمایند: رئیس دولت، رئیس حکومت، وزیر خارجه، دیگر نمایندگان تحت شرایط خاص (بنگرید به ماده ۷ کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات)، و یا بنیان گذار قوای حکومتی یا کسی که در عمل نماینده تام الاختیار دولت است. در مواردی که تصویب ضروری باشد، مثلاً در موردی که خود معاهده بدان تصریح کرده باشد، دولتها به صرف امضا ملتزم نمی شود. بر عکس، تصویب اقدامی ضروری برای ایجاد اثر الزام آور برای معاهده است. یک دولت آزاد است که معاهده ای را تصویب کند یا نکند. به موجب قانون اساسی افغانستان، شورای ملی می تواند معاهدات و توافق نامه های بین المللی را تصویب کند (بنگرید به ماده ۹۰ قانون اساسی افغانستان). معمولاً اسناد تصویب معاهدات دوجانبه میان دو طرف مبادله می شود در حالی اسناد تصویب معاهدات چند جانبه به مرجع مربوطه فرستاده

می‌شود و آن مرجع آنها را به اعضا ابلاغ می‌کند.^{۵۱}

دولت‌ها به هنگام امضاء، تصویب یا تأیید یک معاهده، حق «اعلام» یا «تحفظ» (شرط) را دارند. در حق اعلام، دولت معنا و ساحه‌ای که برای یک معاهده یا برای برخی مواد آن قائل است را روشن و تبیین می‌نماید، یا آنکه دلیل عضویت در معاهده را مستند و مضبوط می‌کند. با این وجود، اعلامیه مذکور بر تعهدات حقوقی دولت نسبت به معاهده و مفاد آن تأثیری ندارد.

از طرف دیگر، حق تحفظ یا شرط، اظهارنامه یک جانبه‌ای است که «از طریق آن [دولت] قصد دارد تأثیر احکام و مقررات خاصی از یک معاهده را در مرحله اعمال آن نسبت به دولت مذکور مستثنی یا اصلاح نماید.» (بنگرید به ماده (د) (۱) ۲ کنوانسیون وین). در مواردی که قانون داخلی با حقوق و تعهدات ایجاد شده در معاهده مطابقت ندارد و دولت نمی‌خواهد و یا نمی‌تواند که آن قانون را اصلاح کند، حق تحفظ به دولت این امکان را می‌دهد که با شرایط خاص خود، عضو یک معاهده شود. با وجود این، تحفظ‌ها و شرط‌های مغایر با هدف و مقصد یک معاهده، قابل پذیرش نیستند. معاهده ممکن است ایجاد تحفظ یا شرط را منع کند و حتی اگر معاهده ایجاد تحفظ یا شرط را اجازه دهد، یک تحفظ یا شرط خاص ممکن است قبول یا رد شود.^{۵۲} کمیته حقوق بشر که تطبیق میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی را پیگیری می‌کند، در تفسیر کلی نمبر ۲۴ خود بیان کرده است که: «نتیجه معمول یک تحفظ یا شرط غیرقابل قبول این نیست که میثاق به طور کلی نسبت به عضو دارای حق شرط نافذ نباشد. در مقابل چنین تحفظ و شرطی قابل تشدید است، به این معنا که میثاق نسبت به عضو دارای حق شرط بدون برخورداری وی از منفعت آن شرط قابل اجرا می‌باشد».^{۵۳} دولت‌ها نمی‌توانند بعد از آن که معاهده‌ای را پذیرفته‌اند، تحفظ یا شرطی را اعمال کنند.

سرانجام، معاهده بنابر روش و به تاریخی که در آن ذکر شده یا به وسیله دولت‌های مذاکره کننده مورد توافق قرار گرفته است، نافذ می‌شود. به عنوان یک قاعده، یک معاهده زمانی نافذ می‌شود که به تعداد کافی از دولت‌ها رضایت خود به رعایت آن را اعلام کرده باشند. با نافذ

⁵¹ See S. Rosenne, "Treaties, Conclusion and Entry into Force," *Encyclopaedia of Public International Law*, Vol. IV 2000, 932 et seq.

توضیحات بیشتر راجع به اصطلاحات مربوط به معاهدات در منبع زیر قابل دسترسی است:

<http://untreaty.un.org/English/guide.asp>.

⁵² مواد، ۱۹-۲۲ کنوانسیون وین راجع به اجراآت مربوط به تحفظ و شرط.

⁵³ متن آن به آدرس زیر قابل دسترسی است:

<http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>.

شدن معاهده، معاهده در نظام حقوقی بین‌المللی و در نظام حقوقی کشورهای عضو قرار می‌گیرد. دولت‌های عضو باید سریعاً نسبت به تکمیل معاهده اقدام نموده و احکام آن را به حیث آنکه از طریق امضاء، تصویب یا الحاق مورد تأیید آنها قرار گرفته است، رعایت کنند.

۲-۱. حقوق بین‌الملل عرفی

حقوق بین‌الملل عرفی «از حاکمیت قانون ناشی از رفتار هماهنگ دولت‌هایی تشکیل شده است که بر این عقیده اند که قانون آنها را ملزم می‌سازد که مطابق قانون عمل کنند».^{۵۴} حقوق بین‌الملل عرفی را می‌توان از تکرار زیاد یک اقدام بین‌المللی مشابه توسط دولت‌ها در طول زمان استنباط کرد (رویه دولت‌ها)؛ «اقدامات می‌بایست بدون آنکه ناشی از تعهد باشند تحقق یافته باشند (عقیده حقوقی یا *opinio juris*)؛ اقدامات باید تعداد زیادی از دولت‌ها صورت گرفته باشد و توسط تعداد زیادی از دولت‌ها رد و انکار نشده باشد». بدین ترتیب، حقوق بین‌الملل عرفی محتوی عناصر ذهنی رویه دولت‌ها و عقیده حقوقی است.

قواعد حقوق بین‌الملل عرفی از طریق اقدامات دولت‌ها در طول زمان انکشاف یافته و الزام‌آور شده‌اند. این نوع «حقوق نانوشته» یا غیر مکتوب برای مدتی بسیار طولانی بر نظام بین‌المللی حاکم بوده است. گرایش به تجمیع و تنظیم قوانین، صرف بعد از سال ۱۹۴۵ افزایش یافت؛ یعنی زمانی که دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی به نحو فزاینده‌ای قوانین معاهده‌ای را انکشاف دادند؛ قوانینی که گاهی اوقات قواعد جدیدی را مقرر می‌کردند و یا اینکه موازین حقوق بین‌الملل عرفی را به صورت قانون مصوب در می‌آوردند. غالباً مشکل است که تشخیص دهیم یک توافق‌نامه بین‌المللی واجد اثر هنجارگذار است یا اینکه صرف هنجار گذشته را مدون و مصوب کرده است.

ابتدا و پیش از هر چیز، ما باید به بررسی رویه‌ها و اقدامات دولت‌ها جهت تعیین قواعد مرتبط با حقوق بین‌الملل بپردازیم و هر گونه فعالیت نهادها و مقامات دولتی را باید مدنظر و توجه قرار دهیم. به علاوه، آنچه که دولت‌ها انجام می‌دهند، اغلب بیش از آنچه می‌گویند دارای ارزش است و همین اقدام آنها صرف دلیل و مدرک حاکی از عقیده حقوقی تلقی می‌شود.^{۵۵} رفتار دولت، مانند رأی یا عقیده‌ای که در مجمع عمومی سازمان ملل متحد یا در سایر مجامع سازمان‌های بین‌المللی اظهار می‌کند، دلیل محکمی بر رویه آن است.

⁵⁴ S. Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, London 1984, 55.

⁵⁵ آن گاه که این تمایز باید صورت گیرد مورد بحث واقع شده است. برای مطالعه مفصل‌تر رجوع کنید به:

A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca-New York 1971, 88.

قواعد عرفی، صرف از طریق رویه‌های دولتی ایجاد می‌شوند. عرف باید مشترک، پایدار و هماهنگ باشد.^{۵۶} ساحه حقوق بین‌الملل عرفی در صورتی که عرف گسترده و عام باشد، جهانی است (حقوق بین‌الملل عرفی جهانی)، و اگر یک قاعده، صرف در یک منطقه مشخص یا توسط گروه خاصی از دولت‌ها به رسمیت شناخته شده باشد، خاص است (حقوق بین‌الملل عرفی خاص). دولتی که ادعا می‌کند ملتزم و متعهد به رعایت یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی نیست باید اعتراض مستمر خود نسبت به آن را نشان داده، ثابت کند؛ با این وجود، قواعد آمره، مانند منع شکنجه، دارای ویژگی جهانی بوده و صرف نظر از تمایل کشورها، بر آنها تحمیل می‌شود. فراتر از این، عقیده حقوقی در حالتی که یک رویه دولتی قابل توجهی وجود دارد، مفروض است و در یک قضیه مورد اختلاف، دولتی که علیه او چنین قاعده‌ای اعمال می‌شود باید این فرض را از طریق ارایه دلایل خاص مبنی بر عدم وجود عقیده حقوقی در اقدامات مربوط به آن موضوع رد یا تکذیب نماید.^{۵۷}

۱-۳. اصول کلی حقوق

اصول کلی حقوق آن دسته از اصول حقوقی می‌باشند که در قوانین ملی تعداد زیادی از کشورها وجود داشته و نظام‌های مختلف حقوقی را به وجود آورده‌اند. پذیرش عام این اصول، آنها را به حیث اصول کلی حقوق قرار می‌دهد، اگرچه این اصول در سطح بین‌المللی، تنظیم و تضمین نشده باشند. با وجود این، ساحه و قلمرو این تقسیم از حقوق، هم مبهم و هم توأم با اختلاف نظر و مجادله است. اصول کلی شناخته شده حقوق شامل اصل «حسن نیت» و منع تجاوز و تعدی به حقوق قانونی است.^{۵۸}

^{۵۶} Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom v. Iceland) (Merits) [1984] ICJ Reports 3, 23 Para. 6.

^{۵۷} برای مطالعه بیشتر درباره حقوق بین‌الملل عرفی بنگرید به فیصله‌های قضایی زیر از دیوان بین‌المللی عدالت:

North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands) [1969] ICJ Reports 4 and Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Merits) [1986] ICJ Reports 14.

^{۵۸} G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum. *Völkerrecht I/1*, 2. ed., Berlin-New York 1989, 64.

۴-۱. اسناد و ابزارهای غیر الزام آور

استانداردها و موازین حقوق بشر صرف در اسناد و ابزارهایی مانند معاهدات و حقوق بین الملل عرفی منعکس نشده‌اند. اسناد غیر الزام آور مانند اعلامیه‌ها، توصیه نامه‌ها، قواعد حداقل، مجموعه اصول، کدهای رفتاری و اصول راهبر به نحو اخلاقی وادار کننده و متقاعد کننده‌اند و راهنمایی‌های عملی برای رفتار دولت‌ها ارائه می‌کنند.

با وجود این، ارزش و اعتبار این اسناد و ابزارها، وابسته به رسمیت شناخته شدن و پذیرش آنها توسط دولت‌هاست. از جمله مهمترین اعلامیه‌هایی که به نحو گسترده‌ای در میان کشورهای اسلامی پذیرفته شده است اعلامیه جهانی اسلامی حقوق بشر (۱۹۸۱) و اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام (۱۹۹۰) می‌باشد.

بعضی اسناد و ابزارهای غیر الزام آور مانند اعلامیه جهانی حقوق بشر (یک قطعنامه از مجمع عمومی سازمان ملل متحد)، عناصری از حقوق بین الملل عرفی و دسته‌ای از قواعد را که تا آن حد و اندازه‌ای الزام آورند که از آنها تحت عنوان قواعد حقوق بین الملل عرفی یاد می‌شود را انعکاس داده‌اند. در نتیجه، شکل و ظاهر یک سند تنها عامل مؤثر برای تعیین اثر الزام آور آن نمی‌باشد.

۵-۱. سلسله مراتب منابع حقوق بین الملل

ابتدا، یک معاهده باطل و ملغی خواهد بود اگر قواعد آمره را نقض نماید.^{۵۹} قاعده آمره از جمله قواعدی است که به نحو غیر قابل انکاری توسط کل جامعه جهانی پذیرفته شده است. این قواعد اجازه هیچ گونه نقض و تعدی را نداده و برخلاف سایر اصول حقوق عرفی، نمی‌توانند از طریق ترتیبات مذکور در معاهده تغییر کنند. قواعد آمره در تعداد و اندازه محدود می‌باشند، اما به نحو جامعی تصنیف نشده و ممکن است در طول زمان قواعد جدیدی ظهور پیدا کنند. نمونه‌ها و مثال‌هایی از قواعد آمره یا ممنوعیت‌های پذیرفته شده در سطح جهانی شامل ممنوعیت نسل کشی، جرایم علیه بشریت، جرایم جنگی، برده گری، سرقت دریایی و شکنجه می‌گردد.

در نتیجه، هیچ کشوری نمی‌تواند تعهدی را جهت ارتکاب یا اجازه به ارتکاب این گونه اعمال بپذیرد.

^{۵۹} ماده ۵۳ کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات.

بعد از قواعد آمره در اصل سه منبع اصلی حقوق بین الملل به نحو متساویانه معتبر تلقی می شوند. با این وجود، در اختلافات میان طرفین معاهده راجع به یک موضوع مرتبط با معاهده، قواعد و اصول مذکور در معاهده به حیث *lex specialis* (قانون خاص) تعمیل می شوند. الگوهای رفتاری ثابت و گسترده ای که بعد از یک معاهده ظاهر و ایجاد می شوند و آن دسته اعمالی که مقررات مذکور در معاهده را نقض می کنند، ممکن است به حیث یک قاعده جاری حقوق بین الملل عرفی جانشین معاهده شوند و آن را لغو کنند.⁶⁰ در عمل، اصول کلی حقوق، صرف به حیث منابع دست دوم جهت پر کردن خلاهای قانون، آنگاه که نه احکام معاهده و نه حقوق بین الملل عرفی قابل اعمال نیستند، مدنظر قرار می گیرند.

برای اعضای سازمان ملل متحده تعهدات ناشی از منشور سازمان ملل متحد، دارای ارزش بلندتری نسبت به تعهدات دیگری که در سایر اسناد پذیرفته اند، می باشد.

۲. موازین و معیارهای حقوق بشری در سطح جهانی

۲-۱. منشور ملل متحد

مقدمه منشور تحول مفهومی در حقوق بین الملل را با شروع به عبارات «ما مردم ملل متحد» آشکار ساخت. بدین ترتیب مقدمه منشور حاکی از آن است که این منشور بیان تمایل و اراده مردم جهان، صدای جمعی همه اشخاص، و نه فقط «اعضای عالی رتبه» آن است. مقدمه منشور ادامه می دهد «این مردم جهان هستند که ایمان مجدد خود به حقوق بنیادین بشر و به حیثیت و کرامت و ارزش شخصیت انسانی و به تساوی حقوق مردان و زنان و همچنین تساوی بین ملت ها اعم از کوچک و بزرگ تعیین می کنند». هیچ کدام دیگر از سایر عناوین مذکور در منشور به اندازه موضوع حقوق بشر و مسئولیت های حقوق بشری سازمان ملل متحد گسترده و وسیع نمی باشد. ارتقاء و تشویق رعایت حقوق بشر و آزادی های اساسی برای همه بدون هرگونه تمایز از حیث نژاد، جنس، زبان یا مذهب» یکی از چهار هدف سازمان ملل متحد است که در ماده ۱ (۳) مورد توجه قرار گرفت. مجمع عمومی و شورای اقتصادی و اجتماعی ملزم به آغاز مطالعات و ارایه توصیه هایی برای ارتقای همکاری های بین المللی در زمینه های اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، تعلیمی و صحتی شدند و به فهم و تصدیق حقوق بشر و آزادی های اساسی برای همه کمک و مساعدت می کنند. (ماده ۱۳ (۱) (b) و تا حدودی ماده ۶۲ منشور سازمان ملل متحد). فراتر از این، ماده ۵۵ منشور ناظر به مسئولیت گسترده سازمان ملل متحد در ارتباط

⁶⁰ بنگرید به فصل اول ب، چهارم، راجع به اصل *lex posterior derogate legi priori*.

به حقوق بشر است که مطابق آن:

«به منظور ایجاد شرایط ثبات و رفاه که برای تأمین روابط مسالمت آمیز و دوستانه بین المللی بر اساس احترام به اصل تساوی حقوق و خودمختاری ملل، ضرورت دارد، سازمان ملل متحد امور زیر را تشویق خواهد کرد:

أ. بالا بردن سطح زندگی، فراهم ساختن کار برای همه، حصول شرایط رشد و توسعه در نظام اقتصادی و اجتماعی.

ب. حل مسائل اقتصادی، اجتماعی، بهداشتی و مسائل مربوط به آنها و همکاری بین المللی در ساحه امور فرهنگی و آموزشی.

ج. احترام جهانی و مؤثر حقوق بشر و آزادی های اساسی برای همه بدون تبعیض از حیث نژاد و جنس و زبان یا مذهب.»

دولت های عضو باید اقدامات جمعی یا انفرادی و در قالب همکاری با سازمان ملل متحد را جهت حصول به این اهداف انجام دهند (ماده ۵۶). همچنین منشور ملل متحد از شورای اقتصادی و اجتماعی می خواهد که نسبت به ایجاد کمیسیون دایمی حقوق بشر (که اکنون شورای حقوق بشر شده است)^{۶۱} جهت توجه به وضعیت حقوق بشر در کشورهای خاص (الزام کشوری) و راپور راجع به مسایل و موضوعات خاص (الزام موضوعی) مانند استقلال قضات و کلاً اقدام کند.

برخی محققان استدلال می کنند از آنجا که منشور ملل متحد از فهرست کردن و نام بردن حقوق بشر و ایجاد مکانیسم اجرایی آن قصور ورزیده است، این سند صرف جنبه اعلامی و اظهارگونه داشته و فاقد هر نوع الزام حقوقی است. با این وجود، این اظهار نظر، متقاعد کننده نیست. فقدان وجود مکانیسم اجرایی، ویژگی حقوقی این تعهدات تحت شمول حقوق بین الملل را از بین نمی برد. ما به این پرسش با تفصیل بیشتر در فصل چهارم که ناظر به اجرای حقوق بشر در سطح بین المللی است، خواهیم پرداخت.

بدون تردید، منشور ملل متحد الهام بخش نهضت جهانی حقوق بشر گردیده و مبنایی بود که بر اساس آن تمام ادبیات و اسناد حقوقی مربوط به این موضوع ایجاد شده اند.

۲-۲. اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸)

مجمع عمومی سازمان ملل متحد، اعلامیه جهانی حقوق بشر را برای آنکه «آرمان مشترکی برای تمام مردم و کلیه ملل» باشد، طرح نمود. اگرچه اعلامیه، حسب تعریف، یک سند

⁶¹ <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil>.

غیرالزام آور است، لیکن اعلامیه جهانی حقوق بشر به عنوان یک عرف بین‌المللی، به رسمیت شناخته شده و بنابراین برای کلیه کشورها و نه صرف برای کشورهای عضو سازمان ملل متحد، الزام آور است. اعلامیه جهانی حقوق بشر، بر اصولی تأکید می‌کند که تاکنون در بیشتر نظام‌های حقوقی داخلی به رسمیت شناخته شده‌اند. با این وجود، اعلامیه مذکور بری اولین مرتبه این حقوق معین مانند حق حیات یا آزادی را که در سطح بین‌المللی به رسمیت شناخته شده است بیان می‌کند. از زمان تصویب، این اعلامیه به عنوان مدل و الگویی برای معاهدات بین‌المللی و منطقه‌ای و اعلامیه‌های حقوق بشری دیگر مطرح شده است.^{۶۲}

به علاوه، اعلامیه جهانی حقوق بشر الهام‌بخش قوانین داخلی بسیاری از کشورها بوده است، به گونه‌ای که مفاد آن در قسمت‌های مربوط به حقوق بشری قوانین اساسی بسیاری از کشورها درج شده و توسط محاکم ملی در سرتاسر جهان مورد استناد قرار گرفته است. ترجمه آن به بیش از ۳۰۰ زبان کمک کرده است که این سند، شناخته شده‌ترین و معروفترین سند حقوق بشری جهان شود. اگرچه اعلامیه جهانی حقوق بشر یک معاهده بین‌المللی نیست و به وسیله قطعنامه مجمع عمومی سازمان ملل متحد نافذ شده است، لیکن به نحو گسترده‌ای به عنوان ضمیمه منشور ملل متحد تلقی گردیده است زیرا تفسیر آمرانه‌ای از مباحث حقوق بشری مذکور در آن سند را ارایه می‌کند. اعلامیه جهانی حقوق بشر دارای چنان سندیتی است که صرف منشور ملل متحد برتر از آن می‌باشد.^{۶۳} اهمیت این دو سند در قانون اساسی افغانستان منعکس شده است؛ یعنی تنها اسناد بین‌المللی که صراحتاً در ماده ۷ قانون اساسی افغانستان از آنها یاد شده است، منشور ملل متحد و اعلامیه جهانی حقوق بشر می‌باشند. سایر معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی نیز الزام آور تلقی شده‌اند، اما به صراحت از آنها یاد نگردیده است.

۳-۲. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶)

مجمع عمومی سازمان ملل متحد میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی را در سال ۱۹۶۶ تصویب نمود و این میثاق از ۲۳ مارچ ۱۹۷۶ نافذ گردید. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی لیست بزرگی از حقوق مدنی و سیاسی و آزادی‌ها را تضمین می‌کند. هر کدام از این

⁶² برخی از نمونه‌ها شامل کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، پذیرفته شده توسط شورای اروپا در سال ۱۹۵۰ (نافذ شده از سال ۱۹۵۳)، کنوانسیون بین-آمریکایی حقوق بشر، پذیرفته شده توسط سازمان دول آمریکایی در سال ۱۹۶۹ (نافذ شده به سال ۱۹۷۸) و منشور آفریقایی حقوق بشر و مردم، پذیرفته شده توسط سازمان اتحادیه آفریقا در سال ۱۹۸۱ (نافذ شده از ۱۹۸۶) می‌باشد.

⁶³ A. Vijapur/K.Savitri, "The International Covenants on Human Rights: An Overview," *Indian Quarterly* Vol. LXII, No. 2, 20065, 1 (Set Seq).

حقوق باید مورد رعایت قرار گرفته و توسط کشورهای عضو نسبت به کلیه اشخاص تحت حاکمیت آنها بدون هرگونه تمایز از حیث نژاد، رنگ پوست، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا هر عقیده دیگر، منشأ ملی یا اجتماعی، ملکیت، تولد یا سایر وضعیت‌ها تضمین گردد. (ماده ۲ (۱) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی). در پی تأیید این میثاق، دولت‌ها وظیفه و وجیه حقوقی جهت اصلاح قوانین داخلی خود برای انطباق با تعهدات جدید بین‌المللی‌شان دارند و قوانین ذیربط داخلی باید به نحو مؤثری در عمل تطبیق شوند. فراتر از این، مقررات و احکام میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی باید بلافاصله تعمیم گردند. این الزام حاکی از آن است که تعمیم حقوق مذکور در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ابتدائاً به عنوان یک موضوع داخلی تلقی می‌شود.

همچنین میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی کمیته حقوق بشر را بنیان نهاد، یعنی نهاد مسلكی خبره‌ای که صلاحیت شکل‌دهی و تصویب تفاسیر کلی راجع به معانی و محتوای مقررات و احکام و نیز بررسی راپور (گزارش) دولت‌ها را دارد. این کمیته همچنین صلاحیت دارد شکایت‌های خصوصی را نیز دریافت دارد مشروط بر اینکه اعلام مورد نظر صورت گرفته باشد. تفاسیر و اظهارنظرهای کلی این نهاد، الزام‌آور نمی‌باشد، لیکن این اظهارنظرها تفسیری آمرانه از حقوق مذکور در میثاق ارایه می‌نمایند.

تا ۱۹ آوریل ۲۰۰۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی دارای ۱۶۰ عضو می‌باشد. افغانستان به این میثاق در ۲۴ آوریل ۱۹۸۳ بدون هرگونه حق شرط یا اعتراض ملحق شده است. در این سند الحاقیه، افغانستان اعلام نمود که:

«نهاد رهبری شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان اعلام می‌کند که پاراگراف ۱ و ۳ ماده ۴۸ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و احکام پاراگراف ۱ و ۳ ماده ۲۶ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی که مطابق آن برخی کشورها نمی‌توانند در میثاق‌های مذکور عضویت یابند، مناقض با ویژگی بین‌المللی معاهدات فوق‌الذکر است. بنابراین، مطابق به حق تساوی تمام دولت‌ها نسبت به حاکمیت‌شان، هر دو میثاق باید به منظور اشتراک تمام دول مفتوح باقی بمانند.»^{۶۴}

۴-۲. میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۹۶۶)

به همان ترتیب که کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل متحد طرح اعلامیه جهانی حقوق بشر را

^{۶۴} گزارش دولت‌ها یک تدبیر و معیار اجرایی را ایجاد می‌کند و در فصل چهارم مورد بحث قرار خواهد گرفت.

تنظیم نمود، وظیفه تهیه طرح یک معاهده با ماهیت تقنینی را نیز پذیرفت. در ابتدا این کمیسیون یک طرح که شامل میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی، و فرهنگی (میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی) می‌گردید را تهیه نمود. با این وجود، از آنجا که حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به لحاظ ماهیت‌شان پیچیده‌تر تلقی شدند، پس از بحث‌های زیاد به دو میثاق که همزمان در سال ۱۹۶۶ تصویب گردیدند، تقسیم شدند. میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در ۶ جنوری ۱۹۷۶ نافذ گردید.

تطبیق حقوق مذکور در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی وابسته به سطح انکشاف کشورهای عضو می‌باشد. نظر به تفاوت سطح انکشاف کشورها، می‌بایست امکان تطبیق تدریجی این میثاق از طریق توسل به طیف وسیعی از تدابیر مانند تعلیم و تربیه و ایجاد پروگرام‌های ضروری فراهم گردد.

بنابراین، کشورهای عضو متعهد به اتخاذ تدابیر فوری می‌باشند. هر دولت عضو متعهد می‌گردد به سعی و اهتمام خود و از طریق همکاری و تعاون بین‌المللی — به خصوص در طرح‌های اقتصادی و فنی — با استفاده از حداکثر منابع موجود خود به منظور تأمین تدریجی و تعمیل کامل حقوق شناخته شده در این میثاق با کلیه وسایل مقتضی به خصوص با اقدام به قانون‌گذاری». (ماده ۲ (۱) میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی)

افغانستان به میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در ۲۴ آپریل ۱۹۸۳ با همان اعلامیه مذکور در قسمت پیش (س) ملحق شده است. تا ۱۹ آپریل ۲۰۰۷ به تعداد ۱۵۶ کشور عضو این میثاق شده‌اند.

۵-۲. کنوانسیون بین‌المللی رفع هر نوع تبعیض نژادی (۱۹۶۵)

مجمع عمومی سازمان ملل متحد کنوانسیون بین‌المللی رفع هر نوع تبعیض نژادی را در ۲۱ دسمبر ۱۹۶۵ تصویب کرد. این کنوانسیون در ۴ جنوری ۱۹۶۹ نافذ گردید. تا تاریخ ۱۹ آپریل ۲۰۰۷، تعداد ۱۷۳ کشور عضو این کنوانسیون شدند.

این کنوانسیون هر نوع تبعیض نژادی در ساحت‌های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را منع می‌کند. کنوانسیون خواهان رفتار مساوی در اجرای عدالت بدون توجه به تمایزات ناشی از نژاد، رنگ پوست و ریشه‌های ملی و نژادی است. افغانستان به کنوانسیون بین‌المللی رفع هر نوع تبعیض نژادی در تاریخ ۶ جولای ۱۹۸۳ با حق شرط یا تحفظ زیر ملحق گردید:

«در حالی که به کنوانسیون بین‌المللی رفع هر نوع تبعیض نژادی ملحق می‌شود، جمهوری دموکراتیک افغانستان خود را متعهد به احکام مواد ۲۲ کنوانسیون نمی‌داند، زیرا مطابق این ماده، در مواقع عدم توافق میان دو یا چند کشور عضو کنوانسیون درباره تفسیر و تطبیق احکام کنوانسیون، حسب درخواست فقط یک طرف، موضوع قابل ارجاع به دیوان بین‌المللی عدالت دانسته شده است. جمهوری دموکراتیک افغانستان، بدین ترتیب اعلام می‌کند که در صورت هر گونه عدم توافق در تفسیر و تطبیق کنوانسیون، موضوع باید به دیوان بین‌المللی عدالت صرف در صورت توافق دول مربوطه با آن اجراءات ارجاع گردد.»

جمهوری دموکراتیک سابق افغانستان همچنین اعلام کرد که

«احکام مواد ۱۷ و ۱۸ کنوانسیون بین‌المللی رفع هر نوع تبعیض نژادی دارای ماهیت تبعیض‌آمیز نسبت به برخی دولت‌ها است و بنابراین مواد مذکور با اصل جهانی بودن معاهدات بین‌المللی انطباق ندارد.»

۶-۲. کنوانسیون منع شکنجه و سایر رفتارها و مجازات‌های ظالمانه و غیرانسانی یا موهن (۱۹۸۴)

کنوانسیون منع شکنجه و سایر رفتارها و مجازات‌های ظالمانه و غیرانسانی یا موهن توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد در ۱۰ دسامبر ۱۹۸۴ به تصویب رسید و در تاریخ ۲۶ جون ۱۹۸۷ نافذ گردید. ممنوعیت شکنجه به حیث یکی از مقررات حقوق بین‌الملل عرفی نیز شناخته شد و یک قاعده آمره را ایجاد کرده است. نظر به ساحه وسیع اقدام به شکنجه، جامعه جهانی ضروری دانست که طرح مفصل‌تری را با مکانیسم اجرایی مؤثرتر فراهم کند. بنابراین، این کنوانسیون یک نهاد مسلکی و خبره موسوم به کمیته ضد شکنجه را جهت اطمینان از این که دول عضو به تعهداتشان عمل می‌کنند، ایجاد نمود.

تاکنون، کنوانسیون منع شکنجه دارای ۱۴۴ عضو است. افغانستان کنوانسیون مذکور را در تاریخ ۲۶ جون ۱۹۸۷ با اعلامیه ذیل تأیید کرد:

«در حالی که به تصویب کنوانسیون فوق‌الذکر می‌پردازد، جمهوری دموکراتیک افغانستان، با استمداد از پاراگراف ۱ ماده ۲۸ کنوانسیون، صلاحیت کمیته پیش‌بینی شده در ماده ۲۰ کنوانسیون را به رسمیت نمی‌شناسد.

همچنین مطابق پاراگراف ۲۳ ماده ۳۰، جمهوری دموکراتیک افغانستان متعهد به احترام و رعایت احکام پاراگراف ۱ آن ماده نمی‌باشد زیرا مطابق پاراگراف ۱، تقدیم و احاله اجباری اختلافات مربوط به تفسیر یا تطبیق احکام این کنوانسیون به وسیله یکی از طرفین به دیوان بین‌المللی عدالت، امکان‌پذیر تلقی شده است. نظر به این موضوع، اعلام می‌نماید که جهت حل و فصل اختلافات میان دولت‌های عضو، باید

با توافق تمام طرفین ذیربط و نه صرف توسط یکی از طرفین به داوری یا دیوان بین‌المللی عدالت مراجعه گردد.»

۷-۲. کنوانسیون رفع هر نوع تبعیض علیه زنان (۱۹۷۹)

مجمع عمومی سازمان ملل متحد کنوانسیون رفع هر نوع تبعیض علیه زنان را در ۱۸ دسامبر ۱۹۷۹ تصویب کرد و کنوانسیون مذکور در ۳ سپتامبر ۱۹۸۱ نافذ گردید. به عنوان یک ابزار و سند اصلی بین‌المللی در عنوان آن، کنوانسیون مذکور منع هرگونه تبعیض در تمام زمینه‌های سیاسی، اجتماعی و زندگی شخصی را مورد توجه قرار می‌دهد. دولت‌ها به موجب این کنوانسیون ملزم به انجام اقداماتی در تمام زمینه‌ها جهت پایان دادن به تبعیض و ایجاد برابری میان مردان و زنان شده‌اند. این کنوانسیون در حال حاضر دارای ۱۸۵ عضو است.

کمیته رفع تبعیض علیه زنان، به حیث یک نهاد مسلکی و خبره مستقل، تطبیق و تعمیل این کنوانسیون را پی‌گیری می‌کند. افغانستان این کنوانسیون را در تاریخ ۱۴ آگوست ۱۹۸۰ امضاء کرد و در مورخه ۵ مارچ ۲۰۰۳ بدون هرگونه حق شرط یا تحفظ و یا اعلامیه آن را تأیید نمود.

۸-۲. کنوانسیون حقوق اطفال (۱۹۸۹)

مجمع عمومی سازمان ملل متحد کنوانسیون حقوق اطفال را در سال ۱۹۸۹ تصویب نمود و این کنوانسیون در ۲ سپتامبر ۱۹۹۰ نافذ گردید. تاکنون، ۱۹۳ کشور عضو کنوانسیون حقوق اطفال می‌باشند؛ هیچ معاهده حقوق بشری به اندازه کنوانسیون حقوق اطفال دارای کشورهای عضو نیست. کنوانسیون مذکور حقوق مدنی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و روان‌شناختی اطفال را به تفصیل بیان کرده است و بنابراین بسیار جامع می‌باشد. اصل راهبر این کنوانسیون این است که:

«در کلیه اقدامات مربوط به اطفال چه توسط نهادهای رفاه خصوصی و عمومی، محاکم و مقامات اداری قبول شده باشد و یا توسط مجامع قانون‌گذاری، منافع علیای طفل در قدم اول باید مدنظر گرفته شود». (ماده ۳ (۱) کنوانسیون حقوق اطفال).

افغانستان کنوانسیون حقوق اطفال را در ۲۷ آپریل ۱۹۹۴ تصویب کرد. در پی امضاء این سند، افغانستان این اعلامیه را صادر نمود:

«حکومت جمهوری افغانستان، بعد از امضای این کنوانسیون حق خود جهت بیان تحفظ و شرط نسبت به کلیه مقررات و احکام این کنوانسیون که مغایر با حقوق اسلامی و قوانین نافذه داخلی است، را اعلام می‌کند.»

با وجود این، از آنجا که هیچگونه تحفظ و شرط رسمی پس از تصویب صورت نگرفت، این

اعلامیه دارای تأثیر حقوقی مربوط به حق تحفظ یا شرط نمی باشد، و بنابراین هیچ گونه اثر حقوقی ندارد.

افغانستان پروتکل اختیاری در زمینه فروش اطفال، تن فروشی طفل و پرونوگرافی (مواد مستهجن) طفل را در ۱۹ اکتبر ۲۰۰۲ و پروتکل اختیاری اشتراک اطفال در مناقشات مسلحانه را در تاریخ ۲۴ سپتامبر ۲۰۰۳ تصویب نمود.

۳. اعلامیه های اسلامی / مسلمانان راجع به حقوق بشر

۳-۱. اعلامیه جهانی اسلامی حقوق بشر (۱۹۸۱)

اعلامیه جهانی اسلامی حقوق بشر توسط شورای اسلامی اروپا که مقر آن در لندن است در ۱۹ سپتامبر ۱۹۸۱ منتشر شد.

این اولین تلاش آنها جهت محدود کردن حق شان به آن دسته از حقوقی است که توسط خود اسلام تعیین شده است. شورای اسلامی اروپا این اعلامیه را به حیث نتیجه کار یک گروه کاری و در پی برگزاری کنفرانسی که در آلبرت هال در سال ۱۹۸۰ با موضوع «پیام محمد (ص)» تشکیل شد، نشر نمود.^{۶۵}

۳-۲. اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام (۱۹۹۰)

سازمان کنفرانس اسلامی دارای ۵۷ دولت عضو است. افغانستان در سال ۱۹۶۹ عضو این سازمان شد. نوزدهمین کنفرانس اسلامی وزرای خارجه در قاهره برگزار گردید. این کنفرانس، اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام را در ۵ آگوست ۱۹۹۰ نشر نمود و از دول عضو درخواست کرد تا دیدگاه خود را درباره حقوق بشر بیان کنند. افغانستان در این کنفرانس و نیز در شورای اسلامی اروپا حضور داشت.

مطابق مقدمه اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام، هدف این اعلامیه راهبری کشورهای عضو در زمینه حقوق بشر است. هدف آن راهنمایی و راهبری انسانیت در اتخاذ راه حل هایی برای تمام مشکلات تمدن است. این اعلامیه به حیث «ایفای سهم خود در تلاش های انسانی مربوط به حقوق بشر، حمایت از حقوق انسان در مقابل بهره کشی و ظلم و تأکید بر آزادی و حقوق او در حیات شرافتمندانه ای که با شریعت اسلامی هماهنگ است» تنظیم شده است.

^{۶۵} <http://www.alhewar.com/ISLAMDEL.html>.

۳-۳. منشور عربی حقوق بشر (۱۹۹۴)

منشور عربی حقوق بشر در سال ۱۹۹۴ تصویب شد. این منشور به دلیل عدم نصاب کافی دول تأیید کننده آن در جامعه دولتهای عربی نافذ نگردید.

گفتار سوم: آموزه (دکترین) حقوق مبتنی بر قانون اساسی و حقوق

بشر

آگاهی از آموزه (دکترین) های حقوق اساسی و حقوق بشر جهت درک ساحه تضمین های مربوط به حقوق اساسی و بشری دارای اهمیت است؛ آگاهی از این آموزه ها در تعیین این که آیا یک حق مورد تعدی و نقض قرار گرفته است یا نه نیز دارای ارزش و اهمیت است. این آموزه ها به طور کلی بر تمام انواع حقوق بشر قابل اعمال می باشند.

الف) استحقاق و تکلیف به حمایت و تقویت

حقوق اساسی و بشری، ذهنی و معقول می باشند، به این معنا که آنها جهت تقویت و حمایت از مصدوم یا زیان دیده طرف صدمه و زیان دیده را مستحق درخواست انجام اقدام یا توقف و عدم انجام اقدام از طرف کسی که صدمه وارد کرده است، می دانند. به طور کلی، اشخاص مستحق حقوق بشر می باشند، زیرا دولت ها ملزم به حمایت از حقوق بشر هستند. با وجود این، موضوع استحقاق و التزام نیازمند تفصیل بیشتری است.

۱. استحقاق اشخاص

۱-۱. موجود انسانی (انسان بودن)

«برای داشتن حقوق بشر، شخص مجبور نیست که چیزی جز یک موجود انسانی باشد و او نیازی ندارد که هر کاری انجام دهد غیر از آن که یک انسان متولد شده باشد».^{۶۶}

حقوق اساسی و بشری به هر موجود انسانی از لحظه تولد تا زمان مرگ وی تعلق دارند. البته، نه یک طفل متولد نشده و نه یک فرد متوفی قادر به اظهار عقیده، کار یا تجمع صلح آمیز نیست. با وجود این، وضعیت های خاصی وجود دارد که در آنها حق حیات یک طفل متولد نشده یا حق کرامت و شرافت انسانی یک فرد متوفی ممکن است دچار صدمه و زیان شود. به علاوه، اینکه ساحه حمایت از حقوق خاص باید به دوره قبل از تولد یا بعد از مرگ انکشاف یابد، به شدت مورد بحث قرار گرفته است. به هر حال، بدون هرگونه اختلاف نظری، هر موجود انسانی (زنده) مستحق برخورداری از تمام حقوق بشری است.

⁶⁶ J. Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and in Practice*, 1. ed. I Thaca Q London 1989, 50 note 1.

موضوع استحقاق و برخورداری از حقوق بشر به نحو نزدیکی با حق به رسمیت شناخته شدن به حیث یک شخص در برابر قانون مرتبط است. حق به رسمیت شناخته شدن به حیث یک شخص در برابر قانون (موسوم به شخصیت حقوقی)، حقی شناخته شده است. مسایل مربوط به ظرفیت و صلاحیت فردی جهت داشتن شخصیت حقوقی در سطح ملی توسط قوانین عادی معین و مشخص شده‌اند. در سطح بین‌المللی، صلاحیت افراد برای داشتن شخصیت حقوقی توسط ماده ۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۱۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ایجاد شده است. ما در خصوص شخصیت حقوقی در فصل سوم تحت عنوان «تفصیل حقوق بشر» بحث خواهیم کرد.^{۶۷}

ظرفیت و توانایی یک فرد برای آن که موضوع حقوق و تکالیف قانونی قرار گیرد باید از توانایی رهبری و هدایت امور و اجراآت به نام خود او متمایز گردد. موضوع اخیر یک موضوع مربوط به اجراآت است که توسط قوانین مربوط به آن تنظیم می‌گردد.

۲-۱. حقوق تبعه (شهروند) در مقابل حقوق «هرکس»

در سطح بین‌المللی، حقوق بشر به حیث حقوق حقه متعلق به تمام موجودات انسانی صرف نظر از نژاد، رنگ پوست، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا غیر آن، منشأ ملی یا اجتماعی، ملکیت، تولد یا سایر موقعیت‌ها مفهوم‌سازی شده است. در سطح ملی، بیشتر قوانین اساسی، میان حقوقی که صرف برای اتباع تضمین و تعیین شده است (حقوق تبعه) و حقوق بنیادین بشری که برای هر کسی در ساحه حاکمیت دولت تضمین گردیده است (حقوق بشر در معنای محدود آن) قائل به تفکیک و تمایز شده‌اند. به حیث یک قاعده، حقوق سیاسی ممکن است صرف توسط اتباع اجرا شود. حقوق سیاسی عبارتند از حق مشارکت عمومی، مانند حق اظهاررأی، حق اشتراک در انتخابات و حق دسترسی متساوی به خدمات عمومی؛ این حقوق بیانگر حاکمیت مردم کشور بوده و برای آن دسته از مردمی که (مفهوم) ملت را ایجاد کرده‌اند در نظر گرفته می‌شوند.

تمایز میان اتباع و بیگانگان منطبق با اصل عدم تبعیض می‌باشد (ماده ۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی) تا آنجا که اولاً، همه اتباع حق و فرصت مشارکت سیاسی و عمومی، بدون هرگونه تمایزی بر مبنای نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا غیر آن، منشأ ملی یا اجتماعی، ملکیت، تولد یا سایر موقعیت‌ها و بدون هرگونه محدودیت غیر متعارف و

^{۶۷} بنگرید به: «حق به رسمیت شناخته شدن به حیث یک شخص در برابر قانون»، فصل سوم.

غیرعقلایی را داشته باشند (ماده ۲۵ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی) ثانیاً، حق تابعیت (شهروندی) باید به نحو مؤثری تأمین گردد، به عنوان مثال هر شخص باید فرصت داشتن تابعیت (شهروندی) و تعمیم حق خود در مشارکت سیاسی و عمومی را در حداقل یک کشور داشته باشد.^{۶۸}

از آنجا که محدود کردن اجرای حقوق سیاسی برای اتباع، نقض اصل ضد تبعیض نمی باشد، چنین محدودیتی مطابق با استانداردها و موازین حقوق بین الملل بشر است.^{۶۹}

در سطح بین المللی، حق مشارکت سیاسی (ماده ۲۵ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی) تنها حقی است که به حیث یک حق بشری جهانی تلقی نشده، بلکه به حیث یک حق برای اتباع (حق شهروندی) تلقی گردیده است. سایر حقوق برای «هر شخص» تضمین شده اند. قانون اساسی افغانستان بیشتر حقوق بشری مذکور در آن را به اتباع محدود کرده است. با وجود این، افغانستان متعهد به تضمین حقوق و آزادی های اتباع خارجی (بیگانگان) مقیم در این کشور مطابق به حقوق بین الملل می باشد (ماده ۵۷ قانون اساسی افغانستان). این تعهد به نحو قابل استدلالی به تمام انواع حقوق مشروحه در فصل سوم، توسعه و گسترش پیدا می کند.

۲. تعهدات دولت

تمام قوای دولتی، نهادها و مقامات در هر سه قوه (تقنینیه، اجرائیه، و قضائیه) ملتزم به رعایت حقوق اساسی و حقوق بشر می باشند. بنابراین حقوق اساسی و حقوق بشر تأثیر عمودی بر کیفیت تنظیم رابطه میان اشخاص و دولت ها دارند. یک موضوع مناقشه آمیز هم در آموزه های حقوق اساسی اشخاص و هم در آموزه های حقوق بشری این است که آیا این حقوق دارای اثر افقی برای ایجاد التزام نزد عاملین و مجریان خصوصی هم می باشد. پرسش این است که آیا یک تبعه یا یک گروه می تواند حقوق اساسی خود را در مقابل و به ضرر حقوق دیگران مطالبه کند، به حیث مثال، چه زمانی آزادی بیان یک طرف در تضاد با حق حریم (خلوت) طرف دیگر قرار می گیرد؟

تأثیر افقی حقوق اساسی و حقوق بشری را می توان به تأثیر مستقیم و غیرمستقیم تقسیم نمود. حق دارای اثر افقی مستقیم به این معنا است که این حق حتی به روابط میان عاملین و مجریان

⁶⁸ حق تابعیت (شهروندی) یک حق بشری جهانی است که در حقوق بین الملل به رسمیت شناخته شده است. بنگرید به «حق تابعیت و پناهندگی»، فصل سوم.

⁶⁹ ماده ۲۵ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی مقرر می کند که: «هر تبعه ای باید [...]».

خصوصی نیز تعمیم می شود. برخی بر این عقیده اند که حقوق اساسی و حقوق بشر دارای اثر افقی مستقیم می باشند. حقوق اساسی و حقوق بشر دلیل وجودی خود را وقتی که بر تمام روابط میان اشخاص اعمال می شوند، از دست می دهند. نظر به تعهدات سنگینی که برطرف ملتزم به تأمین حقوق تحمیل شده است، اعمال این حقوق بر روابط میان اشخاص خصوصی، موجب تحمیل محدودیت های شدید برای آزادی می شود که در نتیجه در تضاد با هدف (شناخت) این حقوق است. حقوق و استحقاق هایی که به شخص آزادی از دولت را اعطا کرده اند به سطح وظایف تقلیل خواهد یافت و او را نسبت به تمام کسانی که با وی در تابعیت مشترک هستند، ملتزم می کنند.

بنابه این دلایل، افرادی که با صلاحیت خصوصی فعالیت می کنند، ملتزم به رعایت حقوق اساسی و بشری سایر اشخاص نیستند. با وجود این، به عنوان بازوهای دولت، تمام قضات و محاکم به شمول محاکم حقوقی (مدنی)، مکلف به حمایت از حقوق اساسی و بشری می باشند. در نتیجه، وقتی محکمه حقوقی به اختلاف میان مجریان خصوصی رسیدگی می کند، این محاکم ملزم هستند که قانون مدنی و توافقات میان طرفین را به گونه ای تفسیر کنند که حقوق اساسی و بشری را مورد حمایت قرار دهد. بنابراین، حقوق اساسی و حقوق بشر، صرف موجب تأثیر افقی غیر مستقیم می باشند.

قدرت الزام آور حقوق اساسی و حقوق بشر تا آنجا که مربوط به قوه قضاییه و قوه مقننه می شود هیچ مشکلی ایجاد نمی کند، زیرا نهادها و اقدامات قضایی و تقنینی به راحتی قابل تشخیص می باشند. با وجود این، نهادهای اجرایی و انواع اقداماتی که آنها انجام می دهند، در ماهیت بسیار متفاوتند. به علاوه، گاه تمیز میان اقدامات قوه اجرائیه با اقدامات مجریان خصوصی مشکل و سخت است. این امر از آنجا ناشی می شود که قانون اساسی به قوه اجرائیه، آزادی عمل بسیاری در تعمیم وظایف عمومی آن داده است، تا نوع و شکل سازمان دهی و شکل اقدامی را که باید انجام دهد، انتخاب کند؛ مگر آنکه ترتیب دیگری در قانون مقرر شده باشد.

قوه اجرائیه می تواند کمپانی های خصوصی را جهت انجام تعهدات خود، به خدمت بگیرد. به حیث مثال، قوه اجرائیه ممکن است تصمیم بگیرد قراردادی با یک کمپانی خصوصی داشته باشد که به موجب آن کمپانی مذکور آب شرب تولید کند. با این وجود، شکل سازمان و اقدامات تا آنجا که دولت در حال انجام وظایف عمومی است، ارتباطی با حقوق اساسی اشخاص و حقوق بشر ندارد. حتی زمانی که قوه اجرائیه به تعهدات خود از طریق مجریان خصوصی عمل می کند، باید از حقوق اساسی و حقوق بشر حمایت کند.

ب) نقش و کارکرد حقوق اساسی و حقوق بشر

حقوق (مبتنی بر قانون) اساسی یا حقوق اساسی بر رابطه میان اشخاص و دولت حاکم است. انواع مختلف حقوق به تنظیم و توصیف ابعاد و جنبه‌های این رابطه می‌پردازند. این حقوق را می‌توان بر مبنای ابعاد و جنبه‌های مختلف ارتباط که بر آنها حکومت می‌کنند، حسب مقاصد و اهداف و کارکردهایشان یا با توجه به وظیفه متقابل دولت تصنیف نمود.^{۷۰}

۱. مفهوم سنتی

به همان ترتیب که حقوق اساسی اشخاص و حقوق بشر در تاریخ انکشاف یافته‌اند، نظریه پردازان میان دو دسته از حقوق مذکور تمایز ایجاد نمودند: حقوق دفاعی یا «منفی» (آزادی از دولت)، و حقوق اجتماعی یا «مثبت» (آزادی در دولت) یا از طریق دولت.^{۷۱}

۱-۱. حقوق دفاعی یا «منفی»

حقوق اساسی اشخاص به ویژه حقوق مدنی و سیاسی آنها مانند آزادی از بردگی، آزادی بیان و حق ملکیت، از جمله آزادی‌های اولیه و اساسی می‌باشند و در ابتدا از آنها تحت عنوان حقوق «منفی» یاد می‌شد. این حقوق وظیفه‌ای را بر دولت تحمیل می‌کند که به موجب آن نباید در ساحه (امور) شخصی افراد دخالت کند. آزادی انتخاب، یا حق اعمال اراده شخصی، برای استفاده مؤثر از این دسته از حقوق، عنصر اساسی است. بنابراین، این مجموعه حقوق مقرر می‌کنند که اشخاص نباید مورد تعرض یا اجبار و اکراه توسط دولت قرار گیرند. این حقوق از اشخاص در مقابل مداخلات خودسرانه دولت حمایت می‌کنند و محدودیت‌هایی را برای اقدامات دولت ایجاد می‌نمایند. این حقوق اساسی سنتی ذیل مفهوم حقوق «منفی» مورد بررسی قرار گرفته‌اند، زیرا آنها موجب «آزادی» از دولت می‌شوند.^{۷۲}

حقوق مدنی و سیاسی، حقوق منفی سنتی به شمار می‌روند. در سطح بین‌الملل آنها به عنوان «نسل اول حقوق بشر» شناخته شده‌اند.^{۷۳}

⁷⁰ G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. ed. Berlin 1922.

⁷¹ M. Novak, *U.N. Covenants on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2nd ed. Kehl 2005, Introduction, para 3.

⁷² S. Joseph/J. Shulz / M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford 2004, Note 1. 71.

⁷³ حقوق مدنی و سیاسی در بیشتر قوانین اساسی در پایان قرن هیجدهم و اوایل قرن نوزدهم ظهور کرده‌اند. نظریه سیاسی حقوقی غالب در آن زمان، به شهروندان به حیث اعضای خودمختار و خودکفای جامعه مدنی و کسانی که قادر به پاسخ‌گویی به نیازهای اقتصادی و فرهنگی خویش بودند، می‌نگریست. در این دیدگاه اتباع (شهروندان) صرف از برخی جهات مانند پولیس، امور نظامی و قضایی و حمایت در مقابل تهدیدات خارجی، نیازمند به دولت تلقی

۲-۱. حقوق اجتماعی یا «مثبت»

از طرف دیگر، حقوقی مانند حق تعلیم و تربیه، حق اشتغال یا حق مراقبت‌های صحی، «حقوق مثبت» نامیده شدند، زیرا دولت ملزم به انجام اقدامات مثبت جهت تأمین آنها می‌باشد. در واقع، دولت مکلف به ایجاد و خلق شرایط ضروری برای تعمیم و اجرای حقوق اجتماعی است. به حیث مثال، جهت اجرای حق تعلیم و تربیه، دولت باید فعالانه اقدام به ساخت و تعمیر مکاتب، فراهم کردن معلمان و منابع درسی کند. بنابراین آزادی‌های مربوط به حقوق اجتماعی از طریق دولت تأمین می‌گردند. حقوق سنتی مثبت شامل حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی می‌شوند و تحت مفهوم «نسل دوم حقوق بشر» مورد مطالعه قرار گرفته‌اند.^{۷۴}

۲. مفهوم مدرن (جدید)

امروزه، هم در سطح ملی و هم سطح بین‌المللی، حقوق بشر به حیث حقوق مرتبط با هم و نیز تفکیک ناپذیر شناخته شده است.^{۷۵} سازمان ملل متحد صرف به دلایل سیاسی و ایدئولوژیک در آن زمان حقوق را به حقوق مدنی و سیاسی و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تقسیم کرد؛ این تقسیم‌بندی بر کیفیت قابلیت اجرایی این حقوق تأثیری ندارد.

هیچ گونه استدلال متقاعد کننده‌ای وجود ندارد که حاکی از آن باشد که یک مجموعه از این حقوق (معمولاً این استدلال به نفع حقوق مدنی و سیاسی شده است) برتر و مقدم تر از دسته دیگر حقوق (حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی) است. ارزش و کرامت زندگی انسانی مستلزم تضمین تمام عیار حقوق مدنی و سیاسی و علاوه بر آن حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است.

بیشتر قوانین اساسی در کشورهای صنعتی غربی اکنون شامل تضمین‌های حقوق بنیادین اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و در کنار آن حقوق مدنی و سیاسی است. کشورهای صنعتی سابقاً سوسیالیست، که تا آن زمان حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را تضمین می‌کردند، تضمین‌های مربوط به حقوق مدنی و سیاسی را نیز به قوانین اساسی خود افزودند. مدرن‌ترین و

می‌شوند. متأسفانه، به هر حال این نوع درک و استنباط با واقعیت تطابق نداشت. بدون تردید، با پایان جنگ جهانی دوم، آشکار گردید که اشخاص عمیقاً به نهادهای عمومی، حمایت، تخصیص (منابع) و توزیع مجدد آن (توسط دولت) نیازمند می‌باشند.

⁷⁴ در سال‌های اخیر، در رابطه با وجود نسل سوم حقوق بشر که به عنوان حق وحدت (منافع و مسئولیت) شناخته شده و شامل حق صلح و محیط زیست سالم و پاکیزه است، نیز بحث‌هایی شده است.

⁷⁵ M. Novak, *U.N. Covenants on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2nd ed. Kehl 2005, Introduction, para 3.

بیشرفته‌ترین قوانین اساسی کشورهای جهان سوم به تضمین هر دو نسل حقوق بشر پرداخته‌اند. تعریف حقوق مدنی و سیاسی به حیث صرف حقوق دفاعی و تعریف حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به حیث صرفاً حقوق مثبت به نحو آشکاری ساده‌انگارانه و در نتیجه معیوب و ناقص است. (تأمین) حقوق مدنی و سیاسی دولت را ملزم به انجام اقدامات مثبت می‌کند، به گونه‌ای که تأمین حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی دولت را ملزم به خودداری از اقدامات خاصی می‌نماید. کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد در اظهارنظر تفسیری کلی نمبر ۳۱ این مفهوم‌سازی دقیق را مورد تأکید قرار می‌دهد، به نحوی که در این اظهارنظر تفسیری بیان می‌کند تعهدات دولت به تأمین برخورداری کامل و تمام‌عیار از حقوق تضمین شده در سطح ملی، مذکور در ماده (۱) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی هم دارای ماهیت منفی و هم مثبت می‌باشد.^{۷۶} به حیث مثال، حق حیات، به طور سنتی یک حق منفی تلقی شده است که هم مستلزم آن است که دولت از کشتن خودسرانه اشخاص خودداری کند و هم به نحو مثبتی زندگی اشخاص را مورد حفظ و حمایت قرار دهد. به همین ترتیب، حق اظهار رأی صرف در صورتی مورد حمایت قرار گرفته، حفظ می‌شود که دولت (به نحو منفی) از تجمیع قدرت و انحصارگرایی و دخالت خودداری نماید و (به نحو مثبتی) شرایط مساوی و آزادی حق انتخاب کردن و انتخاب شدن، صندوق‌های اخذ رأی به نحو سری و غیره را فراهم کند.

۲-۱. تصنیف حقوق بر مبنای وظیفه دولت

در سطح بین‌المللی، بیشتر متخصصان و فعالان اکنون بر این نکته توافق دارند که تصنیف حقوق بر مبنای وظیفه دولت‌های طرف معاهدات، بسیار مفیدتر از مفاهیم قدیمی حقوق منفی و مثبت است. اکنون سه وظیفه دولت به نحو گسترده‌ای شناخته شده است: وظیفه احترام و رعایت، وظیفه حمایت و وظیفه اجرا و تطبیق.^{۷۷}

«وظیفه احترام و رعایت» مشابه مفهوم قدیمی «تعهدات منفی» است. دولتها باید از انجام اقدامات به نحوی که منجر به انکار حقوق تضمین شده افراد می‌شود، خودداری کنند. به حیث مثال، در جهت حمایت از تعلیم و تربیه، حکومت نباید اقلیت‌ها را از دسترسی به مکاتب

⁷⁶ کمیته حقوق بشر، اظهارنظر و تفسیر کلی نمبر ۳۱، ۲۰۰۴، پاراگراف ۶، متن آن تحت آدرس زیر قابل دسترسی است: <http://www.ohchr.org/English/bodies/hrc/Comments.htm>.

⁷⁷ M. Novak, *U.N. Covenants on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2nd ed. Kehl 2005, Introduction, para 3.

محروم کند.

هر دو «وظیفه حمایت» و «وظیفه اجرا و تطبیق» دولت‌ها را ملزم به انجام اقدامات مثبت می‌کنند. وظیفه حمایت شامل تعهدات دولت ناظر به اقدامات طرف سوم (شخص ثالث) بر ضد اشخاصی است که در ساحه صلاحیت و حاکمیت دولت قرار دارند؛ این وظیفه دولت را ملزم می‌کند که از نقض حقوق بشر توسط دیگران جلوگیری کند. به حیث مثال، وظیفه حمایت دولت را ملزم خواهد کرد که قوانینی را برای ممنوعیت کمپانی‌های خصوصی از انتشار مواد شیمیایی خطرناک که صحت عموم را به مخاطره مواجه می‌کند، وضع و تطبیق نماید.

وظیفه اجرا و تطبیق دولت‌ها را ملزم به ایجاد نظام‌های سیاسی، اقتصادی و اجتماعی که حقوق تضمین شده را برای کلیه افراد جامعه قابل حصول و دسترسی می‌کنند، می‌نماید. دولت‌ها می‌توانند وظایف خود را از طریق وضع قوانین، تطبیق و اجرای تدابیر اقتصادی یا افزایش و انکشاف عملکرد نهادهای قضایی و اداری انجام دهد. از جمله مثال‌ها در خصوص وظایف تحت شمول «وظیفه اجرا و تطبیق» شامل ارایه خدمات اساسی مراقبتی صحی مانند دسترسی به مراقبت‌های صحی اولیه و نیز دسترسی به آب پاکیزه می‌باشد.

۲-۲. تصنیف حقوق بر مبنای کارکرد

حقوق اساسی و بشری را می‌توان بر مبنای کارکرد یا هدف آنها نیز دسته‌بندی نمود. با این وجود، این دسته‌بندی، واضح و روشن نیست. یک حق ممکن است حسب ساحه وسیع آن در وضعیت مشخص در هر قضیه خاص، دارای چندین کارکرد باشد. این دسته‌بندی‌ها عبارتند از:

- حقوق دفاعی

حقوق دفاعی، حقوق مربوط به عدم اقدام (امتناع از فعل) توسط دولت می‌باشد. حقوق دفاعی محدودیت‌هایی را بر اقداماتی که ممکن است دولت انجام دهد، وارد می‌کنند.^{۷۸}

- حقوق سیاسی

همانگونه که در مباحث فوق بحث شد، حقوق سیاسی، حقوق مربوط به مشارکت سیاسی می‌باشد. یک مفهوم مضیق و محدود از این حقوق شامل حق اظهار رأی، حق انتخاب شدن و حق دسترسی متساویانه به خدمات عمومی است. با وجود این، حقوق سیاسی به عنوان عنصری

^{۷۸} بنگرید به حقوق دفاعی یا «منفی»، فصل دوم، گفتار سوم، ب)، ۱-۱.

از حقوق اساسی و بشری باید در معنای وسیع تر آن درک و فهم شود. برای آن که یک شخص امکان مشارکت تمام عیار سیاسی را داشته باشد، او باید قادر به اظهار عقیده سیاسی و اعلام اعتراض باشد.

به علاوه، آزادی عقیده، آزادی مطبوعات و نشرات است و آزادی تشکیل اتحادیه‌ها و تجمعات، شرط اولیه و ضروری برای تصمیم‌سازی و تصمیم‌گیری دموکراتیک می‌باشد. بنابراین، حتی «حق ارتباط» دارای بُعد سیاسی است و مانند یک حق سیاسی عمل می‌کند.^{۷۹}

- حق تساوی / حقوق مربوط به عدم تبعیض

حقوق مربوط به تساوی و برابری دولت را ملزم به انجام اقداماتی جهت ایجاد فرصت‌های برابر برای مردم تحت حاکمیت آن می‌کند. با این وجود، ممنوعیت تبعیض توسط دولت صرف محدود به حقوق برابری مانند رفتار مساوی به موجب قانون و تساوی در برابر قانون نمی‌شود، (ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان) بلکه حقوق مربوط به آزادی مانند آزادی مذهب و بیان را نیز در بر می‌گیرد. به حیث مثال، تطبیق و تعمیم حق آزادی مذهب نباید به حیث مبنایی برای تبعیض مورد استفاده قرار گیرد. به علاوه، تمام حقوق اساسی و بشری باید به نحو متساوی و بدون تبعیض بر مبنای جنس، رنگ، نژاد، زبان، عقیده سیاسی یا غیر آن، منشاء ملی و اجتماعی، ملکیت، تولد و سایر موقعیت‌ها، تأمین شوند (ماده ۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی). سرانجام، مردان و زنان دارای حقوق مساوی برای برخورداری کامل از همه حقوق مدنی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی می‌باشند (ماده ۲۲(۲) قانون اساسی افغانستان، ماده ۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، و ماده ۳ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی).^{۸۰}

⁷⁹ M. Novak, *U.N. Covenants on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2nd ed. Kehl 2005, Art. 25 para 2.

⁸⁰ بنگرید به «حق تساوی در برابر قانون و حق حمایت مساوی توسط قانون»، فصل سوم، گفتار سوم.

- حقوق اجتماعی و اشتراکی

حقوق بشر به حیث حقوق اجتماعی نیز عمل می کند، به گونه ای که دولت را ملزم به انجام اقدامات مثبت می نماید. این حقوق اجتماعی، انعکاس دهنده این فرض هستند که آزادی صرف زمانی تضمین می شود که وسایل تطبیق و اجرای آن نیز توسط دولت فراهم گردد. به حیث مثال، حق تعلیم و تربیه صرف زمانی وجود دارد که دولت مکاتب، معلمان و مواد درسی را نیز فراهم نماید.

حقوق مربوط به اقدامات مثبت را می توان به حقوقی که مستلزم انجام اقدامات ملموس هستند مانند ایجاد شرایط تعلیم و تربیه رایگان، و آن دسته از حقوقی که مستلزم انجام اقدامات هنجارگذار مانند وضع قوانین خاص می باشند، تقسیم کرد.⁸¹

حقوق مبنی بر اشتراک و مشارکت زیرمجموعه حقوق اجتماعی است و فراهم کننده امکان دسترسی به تسهیلات و امکانات و منافع دولتی است. یک نمونه در این خصوص، حق دسترسی به پوهنتون ها است. حقوق مربوط به مشارکت و اشتراک سؤالاتی را در ارتباط به توزیع منصفانه منابع عمومی محدود مطرح می کند و با حق (رفتار) برخورد متساویانه مرتبط است. اندیشه مبنایی در این خصوص آن است که هر شخص باید دارای فرصتی مساوی و مشابه با دیگران باشد و دسترسی به تسهیلات و امکانات عمومی، منافع حکومتی و سایر منافع عمومی باید با استفاده از اجراآت منصفانه و شفاف که حقوق افراد را رعایت می کنند، صورت گیرد.

- حقوق و وظایف حمایتی

برخی موقعیت ها وجود دارند که در آن دولت با محدود نکردن آزادی های برخی از اشخاص حقوق فردی اشخاص دیگر و در نتیجه قانون اساسی را نقض می کند. این قضیه به حیث مثال زمانی می تواند اتفاق افتد که والدین بر اساس اعتقادات مذهبی خود اقدامات لازم در مورد اطفالشان را اجازه ندهند. در این قضیه، والدین بر حق آزادی مذهبی خود اتکا کرده اند. از طرف دیگر اطفال می توانند از دولت انتظار حفاظت از حق زنده گی و حیات خود را داشته باشند. اگر دولت هیچ گونه اقدامی درباره بی توجهی مورد نکند، حق اساسی حیات اطفال در معرض خطر قرار می گیرد. بنابراین دولت در این قضیه باید وارد عمل شود.

⁸¹ A. Alexis, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford 2002, p. 126.

دولت وظیفه حمایت از اشخاص در مقابل نقض حقوق اساسی و بشری آنها توسط دیگران (مرتکبان سکتور غیردولتی) را دارد، یعنی به هنگامی که حقوق حمایتی که وظایف مثبت دولت را در خصوص مورد، فعال می کنند، موضوع بحث و توجه می باشند.^{۸۲} این امر به دلیل آن است که حقوق اساسی و بشری در صورتی که آزادانه توسط مرتکبان غیر دولتی نقض شوند، به طور گسترده ای بی تأثیر خواهند بود. بنابراین، حقوق اساسی و بشری، دارای عناصر دفاعی (حمایت در مقابل اقدامات دولتی) و حمایتی (حمایت دولت در مقابل اقدامات مرتکبان غیردولتی) می باشند.

با این وجود، دولت دارای میزان مشخصی از مصلحت اندیشی و اختیار در خصوص کیفیت اجرای وظایف حمایتی خود مانند اینکه چه اقدامات مثبتی باید انجام دهد، می باشد. وظایف حمایتی ممکن است از طریق وضع قوانین متناسب مانند تدابیر جزایی یا سایر تدابیر مربوط به حقوق عمومی انجام شوند، که در این رابطه محاکم باید اقدامات مذکور را منطبق با حقوق مذکور در قانون اساسی تفسیر نمایند (به حیث مثال، بنگرید به ماده ۴ کنوانسیون بین المللی رفع هر نوع تبعیض نژادی).

- حقوق مربوط به اجراآت و سازمان دهی

حقوق مربوط به اجراآت و سازمان دهی، برای تصدیق و اجرای حقوق اساسی و بشری متنی (ماهوی) ضروری و حیاتی می باشند. حقوق مربوط به اجراآت و سازمان دهی، دولت را ملزم به ایجاد سیستم ها و اجراآت می کند که به اشخاص امکان اشتراک کامل در تمام تصمیم گیری های اداری و قانونی که بر حقوق آنها تأثیر می گذارد را می دهد.

یک نمونه از حقوق مربوط به سازمان دهی را می توان در ایجاد کمیته های علمی در پوهنتونها برای ارزیابی درخواست های محصلین مشاهده کرد. قواعد مربوط به اجراآت و سازمان باید چنان شکل گیرند که نتیجه آن منصفانه و مطابق با قانون اساسی باشد.^{۸۳}

قانون اساسی افغانستان نه تنها شامل حقوق دفاعی سنتی است بلکه متضمن حقوق اجتماعی، حمایتی و مربوط به اجراآت نیز می باشد. به علاوه، قانون اساسی افغانستان اجازه انکشاف رسیدگی های قضایی بیشتر راجع به هر کدام از عناصر این حقوق را جهت تضمین مؤثر تمام

⁸² پذیرش وظایف حمایتی در حقوق موضوعی موردی (Case Law) محکمه اروپایی حقوق بشر و نیز در محاکم قانون اساسی یا ستره محکمه بسیاری از کشورها انجام شده است.

⁸³ R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford 2002, p. 316.

ابعاد حقوق اساسی اشخاص نیز می دهد.

گفتار چهارم: بررسی نقض حقوق اساسی و بشری

وظیفه برجسته مجریان حقوقی و اجرا کنندگان قوانین که در زمینه حقوق بشر کار و فعالیت می کنند بررسی شکایات مربوط به نقض حقوق اساسی و بشری می باشد. این قسمت پروسه سه مرحله ای بررسی این شکایات از نقض حق آزادی را مورد توجه قرار می دهد.⁸⁴

به منظور بررسی این موضوع که آیا نقض حقوق اساسی و بشر اتفاق افتاده است، قاضی بررسی کننده، باید ابتدا تعیین کند که آیا اصولاً حقی وجود داشته است؛ یعنی آیا وضعیت یا رفتار مورد بررسی در ساحه حمایت از حقوق اساسی و بشری قرار می گرفت و آیا کسی که شکایت را مطرح می کند دارای حقی می باشد یا نه. اگر حقی وجود داشته باشد، موضوع بعدی آن است که آیا چنین حقی به وسیله یک فعل یا ترک فعل دولتی نقض شده است. اگر حق مذکور نقض شده باشد، سؤال بعدی این است که آیا نقض چنین حقی موجه بوده است.

بنابراین، اجراءات توصیه شده برای بررسی شکایات مربوط به نقض حقوق آزادی دارای سه مرحله یا گام می باشد:

- ساحه حمایت از حق مورد ادعا باید معین شود، و باید شامل هم رفتار، موقعیت یا منفعت ادعایی و نیز شامل تعیین کسی که شکایت را مطرح می کند، گردد.
 - اگر حق مورد شکایت شامل رفتار، موقعیت، شی یا منفعت ادعایی و شخص مطرح کننده شکایت می باشد، و اگر در رابطه با موضوع مورد بررسی حقی وجود دارد، ما بعداً بررسی خواهیم کرد که آیا چنین حقی نقض شده است.
 - اگر حقی نقض شده باشد، پرسش ما این است که آیا چنین نقضی، موجه بوده است.
- نظر به این که هر قضیه به طور ماهوی متفاوت از قضایای دیگر است، قضات باید هر شکایت از نقض حقوق بشر را جداگانه مورد بررسی قرار دهند. با این وجود، ادعای نقض حقوق بشر مستلزم رسیدگی قضیه به قضیه است، لیکن ما در ابتدا و در این قسمت اجراءات عام و کلی که قابل تطبیق بر کلیه قضایا هستند را پیش از بحث تفصیلی راجع به حقوق خاص در فصل سوم، مورد مطالعه قرار می دهیم.

⁸⁴ حق آزادی شامل تمام حقوق اساسی و بشری است که از جمله حقوق برابری (تساوی) نیستند. این که آیا تبعیض صورت گرفته است و اینکه تبعیض واقع شده آیا موجه می باشد یا نه مستلزم پروسه ای برای بررسی آن است که در قسمت مربوط به حق تساوی در برابر قانون و رفتار مساوی توسط قانون در فصل بعد بیان خواهد شد.

الف) ساحه حمایت از حقوق اساسی و حقوق بشر

۱. احکام زیربط

ماده ۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

۱. کشورهای طرف این میثاق متعهد می‌شوند که حقوق شناخته شده در این میثاق را دربارهٔ کلیه افراد مقیم در ساحه تحت حاکمیت‌شان بدون هیچ گونه تمایزی از قبیل نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا عقیده دیگر، اصل و منشأ ملی یا اجتماعی، ثروت، نسب یا سایر وضعیت‌ها محترم شمرده و تضمین بکنند.
۲. هر کشور طرف این میثاق متعهد می‌شود که بر طبق اصول قانون اساسی خود و مقررات این منشور اقداماتی در زمینه اتخاذ تدابیر قانون‌گذاری و غیر آن به منظور تنفیذ حقوق شناخته شده در این میثاق که قبلاً به موجب قوانین موجود یا تدابیر دیگر لازم‌الاجرا نشده است به عمل آورد.
۳.

ماده ۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

۱. هر کشور طرف این میثاق متعهد می‌گردد به سعی و اهتمام خود و از طریق همکاری و تعاون بین‌المللی - به ویژه در طرح‌های اقتصادی و فنی - با استفاده از حداکثر منابع موجود خود به منظور تأمین تدریجی و اعمال کامل حقوق شناخته شده در این میثاق با کلیه وسایل مقتضی بخصوص با اقدامات قانون‌گذاری اقدام نماید.
۲. کشورهای طرف این میثاق متعهد می‌شوند که اعمال حقوق مذکور در این میثاق را بدون هیچ نوع تبعیض از حیث نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا هر گونه عقیده دیگر، اصل و منشأ ملی یا اجتماعی، ثروت، نسب یا هر وضعیت دیگر تضمین نمایند.
۳. کشورهای در حال رشد با توجه لازم به حقوق بشر و وضع اقتصاد ملی خود می‌توانند تعیین کنند که تا چه اندازه حقوق اقتصادی شناخته شده در این میثاق را درباره اتباع بیگانه تضمین خواهند کرد.

ماده ۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

- کشورهای طرف این میثاق متعهد می‌شوند که تساوی حقوق زنان و مردان را در استفاده از حقوق مدنی و سیاسی پیش‌بینی شده در این میثاق تأمین کنند.

ماده ۳ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

- کشورهای طرف این میثاق متعهد می‌شوند که تساوی حقوق زنان و مردان را در استفاده از حقوق اقتصادی-اجتماعی و فرهنگی مقرر در این میثاق تأمین نمایند.

۲. تبصره پیرامون ساحه حمایت از حقوق اساسی و حقوق بشر

ساحه حمایت از یک حق اساسی و بشری معین می‌کند کدام رفتارها، موقعیت‌ها یا منافع تحت شمول آن می‌باشند. ما می‌توانیم از روش‌های مشابه تفسیری که در فصل اول برای تعیین ساحه حمایت از حقوق اساسی و بشری مورد مطالعه قرار گرفته‌اند، استفاده کنیم. «متن»، نقطه آغاز را مشخص می‌کند.^{۸۵}

افغانستان متعهد به رعایت اسناد بین‌المللی که عضو آن است، می‌باشد (ماده ۷ قانون اساسی افغانستان). بنابراین، ساحه حمایت از حقوق اساسی باید مطابق با حداقل استانداردها و موازینی باشد که در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و سایر کنوانسیون‌های بین‌المللی مرتبط ایجاد شده‌اند. هر دو میثاق، افغانستان را ملزم به تضمین حقوق مذکور در آن میثاق‌ها با استفاده از قوانین داخلی و بدون هرگونه تبعیض نسبت به نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا هر عقیده دیگر، منشاء ملی و اجتماعی، ملکیت، تولد یا سایر وضعیت‌ها می‌کنند (ماده ۱. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تا حدودی). به علاوه، ماده سوم در هر دو میثاق بر وظیفه دولت‌های عضو جهت تأمین برابری مردان و زنان در برخورداری از تمام حقوق مدنی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تأکید می‌کند. بنابراین، (دولت) افغانستان وظیفه دارد که ساحه حمایت از هر کدام از حقوق اساسی اشخاص را تفسیر نموده و این حقوق را در روشنایی (سایه) این احکام و مقررات کلی تطبیق نماید.

۲-۱. ساحه حمایت ناظر به رفتار، موقعیت و منفعت مربوط به موضوع

به هنگام بررسی ادعاهای نقض حقوق بشر، اولین سؤال این است که آیا رفتار، وضعیت یا منفعت مربوط به موضوع، داخل در ساحه حمایت از حقوق اساسی یا بشری می‌باشد. ساحه حمایت از حق مربوط به موضوع باید شامل رفتار، وضعیت یا منفعتی باشد که فعل یا ترک فعل دولت آن را ممنوع یا ممتنع ساخته است. اگر رفتار، وضعیت یا موضوع ممنوعه داخل در ساحه حمایت از حقوق اساسی و بشری نباشد، آن حق نمی‌تواند مورد نقض و تجاوز قرار گرفته باشد.

برای تعیین ساحه یک حق، اجزا و پارامترهای آن باید تعریف شوند. اگر شخصی مدعی نقض

^{۸۵} بنگرید به «تفسیر متنی یا گرامری»، فصل اول، گفتار دوم.

حق آزادی عقیده است، قضات ابتدا باید پرسند که آیا اظهار نظر مورد بررسی یک عقیده می‌باشد یا نه و آیا بر این اساس، موضوع مذکور تحت شمول ساحه حمایت از آن حق می‌باشند.

۲-۲. ساحه حمایت ناظر به شخص مدعی

اگر رفتار، وضعیت یا منفعت در ساحه حمایت از حقوق قرار می‌گیرد، قدم بعدی بررسی این موضوع است که آیا شخص مدعی تحمل صدمه، داخل در گروهی از اشخاص مورد حمایت به وسیله یک حق می‌باشد. همانگونه که تاکنون ذکر شد،^{۸۶} تمام اشخاص تحت حاکمیت دولت، از حقوق اساسی مشابه برخوردار نیستند. به حیث مثال، دولت مجاز به محدود کردن برخی حقوق اساسی معین برای اتباع است و بنابراین تمایزی را میان اتباع و بیگانگان مقیم در ساحه آن ایجاد می‌کند.

برای این که شخص بتواند ادعای نقض حق نماید، او باید تحت شمول آن حق باشد. اگر یک حق صرف به اتباع اعطاء شده باشد، شخص مدعی نقض آن، باید دارای تابعیت باشد. شخصی که ادعای خود را مبتنی بر کنوانسیون‌های حقوق اطفال می‌کند، باید طبق تعریف آن کنوانسیون، طفل باشد. صرف زنان می‌توانند ادعای نقض کنوانسیون رفع هر نوع تبعیض علیه زنان را مطرح کنند. اینها فقط چند مثال محدود از محدودیت‌های مربوط به اشخاص است که تحت شمول ساحه حقوق معین و مشخصی می‌باشند.

۳-۲. نکته اخیر پیرامون ساحه حمایت

در داخل ساحه حمایت، موضوع تصادم و تلاقی حقوق اساسی و بشری مورد توجه قرار گیرد. برخی حقوق اساسی و بشری شامل رفتارها، وضعیت‌ها و منافع بسیار دقیقی می‌شوند و در مقایسه با حقوق بیشتر کلی و عام بیانگر قاعده تخصیص (*lex specialis*) می‌باشند. مطابق قاعده تخصیص، قاعده اخص مقدم بر قاعده کلی یا عام (*lex generalis*) می‌باشد.^{۸۷} به عنوان مثال، اگر کسی توسط پولیس مضروب و مقتول گردید، هم حق حیات و هم حق بر تمامیت جسمانی در اینجا موضوع نقض می‌باشند. با این وجود، حق حیات در ارتباط به حق بر تمامیت جسمانی، قاعده اخص تلقی می‌شود.

^{۸۶} بنگرید به «استحقاق یا مستحق بودن»، فصل دوم، گفتار سوم، الف)، ۱.

^{۸۷} بنگرید به «قابلیت اعمال موازین قوانین عادی»، فصل اول، گفتار دوم، ت).

ب) محدودیت‌های حقوق اساسی و حقوق بشر

۱. احکام زیربط

ماده ۲۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر

۱. هر کس در مقابل آن جامعه‌ای وظیفه دارد که رشد آزاد و کامل شخصیت او را میسر سازد.
۲. هر کس در اجرای حقوق و استفاده از آزادی‌های خود، فقط تابع محدودیت‌هایی است که به وسیله قانون، منحصرأ به منظور تأمین شناسایی و مراعات حقوق و آزادی‌های دیگران و برای مقتضیات صحیح اخلاقی و نظم عمومی و رفاه همگانی، در شرایط یک جامعه دموکراتیک وضع گردیده است.
۳. این حقوق و آزادی‌ها، در هیچ موردی نمی‌تواند برخلاف مقاصد و اصول ملل متحد اجرا گردد.

ماده ۴ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

کشورهای طرف این میثاق معترفند که در تمتع از حقوقی که مطابق این میثاق در هر کشوری مقرر می‌شود آن کشور نمی‌تواند حقوق مزبور را تابع محدودیت‌هایی جز به موجب قانون بنماید و آن هم فقط تا حدودی که با ماهیت این حقوق سازگار بوده و منظور آن منحصرأ توسعه رفاه عامه در یک جامعه دموکراتیک باشد.

۲. تبصره پیرامون محدودیت‌های حقوق اساسی و حقوق بشر

۱-۲. سوابق مربوط به حاکمیت دولت‌ها، حقوق بشر و محدودیت‌های این حقوق حاکمیت دولت، حق آن برای ایجاد و اجرای قوانین و رسیدگی به ملت در ساحه آن دولت است. قدرت وسیع و مداخله‌گر دولت ممکن است در زمان هرج و مرج و جنگ برای تضمین صلح و امنیت مورد نیاز باشد.^{۸۸} با این وجود، هنگامی که آرامش و صلح برقرار شد، قدرت دولت باید محدود به جلوگیری از ظلم و ستم شود.

حقوق اساسی و بشری قوای دولتی و حاکمیت آن‌ها را محدود می‌کنند، لیکن این حقوق نیز می‌توانند دچار محدودیت‌هایی شوند. در موارد بسیاری، ساحه وسیعی از حمایت و محافظت با صلاحیت ارگان دولتی ذی‌صلاح در محدودیت حق مورد نظر همراه می‌شود. در حقوق اساسی، وقتی حق‌های اساسی دارای ساحه وسیع و گسترده‌ای باشند، محدودیت‌های مربوط به

^{۸۸} بنابراین، دولت‌ها دارای حق طبیعی برای تقلیل تعهدات حقوق بشری در مواقع اضطراری می‌باشند.

کیفیت برخورداری از این حقوق نیز ممکن است وسیع و گسترده باشد. به عکس، درک و فهم محدود و مضیق از حقوق اساسی مستلزم آن است که محدودیت‌ها نیز به نحو محدود و مضیق اعمال گردند.

مطابق اصل حاکمیت قانون، محدودیت‌ها باید صراحتاً و آشکارا در قوانین داخلی معین شده باشند. استفاده از اصطلاحات مبهم و بسیار وسیع، مجاز نیست، زیرا این گونه اصطلاحات امکان اعمال نظرهای خودسرانه و توأم با سوء استفاده که ناقض اصل قانونی بودن و هشدار منصفانه است را فراهم می‌کنند. جملات و شروط استثنایی، محدودیت‌هایی را ارایه می‌کنند که به منظور جبران مصالح و منافع اجتماعی یا حقوق دیگران طراحی و تهیه شده‌اند.

جایی که موضوع مربوط به حقوق مطلق^{۸۹} باشد، ممکن است یک دولت هیچ محدودیتی اعمال نکند مگر آنکه آن حقوق به نحو قانونی تحت شرایط مذکور در ماده ۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (مانند اعلام حالت اضطرار عمومی) تقلیل یابند، زیرا این حقوق اصولاً به عنوان حقوق مغایر با مصالح عمومی و حتی دیگران پذیرفته نشده‌اند.^{۹۰} با این وجود، اینکه پایان یک محدودیت مشروع می‌باشد یا نه، یک موضوع مربوط به موجه بودن آن است و باید به نحو جداگانه‌ای بعداً مورد بررسی قرار گیرد. نخست برای سهولت و دقت، فعل یا ترک فعل دولت که حسب ادعا منجر به اعمال محدودیت یا نقض حقوق می‌شود، باید معین بوده و مورد بررسی قرار گیرد.^{۹۱}

۲-۲. شناسایی محدودیت‌ها

ممکن است دولتی از طریق ارتکاب فعل و یا ترک فعلی دیگر حقی را محدود کند. این محدودیت هم می‌تواند عام (از طریق قوانین و قرارات، احکام و یا آیین نامه‌ها) و یا خاص و یا فردی (از طریق مجموعه قوانین اجرایی و اداری و یا تصمیمات قضایی و محاکم) باشد. هر گاه دولت از طریق انجام و یا حذف یک عمل بطور کلی و یا خاص بگونه‌ای در امورات دخالت کند که فرد یا اجتماع از بهره‌مندی از رفتار، موقعیت و یا منافع موجود در یک ساحه

^{۸۹} حق مطلق، از جمله شامل ممنوعیت شکنجه (ماده ۲۷ قانون اساسی افغانستان ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی) و ممنوعیت کار اجباری، برده‌گی و بندگی (ماده ۴۹ (۱) قانون اساسی افغانستان و ماده ۸ (۱) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی) است.

^{۹۰} S. Joseph/J.Schultz/M.Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford 2004, note 1.66.

^{۹۱} عبارات و جملات محدود کننده و مشروعیت اعمال محدودیت در فصل ۲، گفتار چهارم، پ)، ذیل عنوان «توجیه اعمال محدودیت‌ها بر حقوق اساسی و بشری» مورد بحث قرار خواهد گرفت.

حمایتی محروم شوند، آنگاه است که می توان گفت دولت حقی را تحدید کرده است. در اینجا فرقی هم ندارد که دولت چگونه، مثلاً بطور ارادی و یا بطور غیر ارادی، مستقیماً و یا غیر مستقیم و نیز از طریق مجاری قانونی و یا ادارات خاصی به دخالت در امور مبادرت ورزیده باشد.

به طور کلی، تعیین اقدام محدود کننده دولت امر آسانی است. به حیث نمونه، وقتی پولیس یک مظنون را توقیف می کند، اقدام محدود کننده دولت، همان توقیف است. با این وجود، مشکل صرف زمانی ایجاد می شود که یک قانون محتوای یک حق را تعریف می کند. در این اوضاع و احوال، گاه روشن و واضح نیست که آیا قانون در حال ایجاد ساحه ای برای حمایت از یک حق است یا آنکه در آن دخالت نموده و در نتیجه آن را محدود می نماید. به حیث مثال، ساحه حمایت از حق مالکیت معین شده است و ضرورتاً حدود آن به وسیله قوانین ناظر به دارا شدن مال و ملکیت تعیین گردیده است. در عین حال، قوانین جدید ممکن است محدودیت های بیشتری برای دارا شدن و ملکیت ایجاد نموده و در نتیجه به حیث محدود کننده حق ملکیت عمل کنند.

آن دسته از اقدامات دولت که از طریق وضع قانون صورت نگرفته یا دارای اثر غیر مستقیم بر حقوق (اشخاص) هستند، نیز نیازمند ارزیابی همه جانبه جهت تعیین محدودیت ها می باشند. به حیث نمونه، هشدار رسمی از طرف قوه اجرائیه، همانند هشدارهای وزارت امور صحتی در ارتباط به کیفیت ماده غذایی خاص، دارای نفوذ و قدرت حقوقی نیست و بنابراین مستقیماً در حقوق تولید کنندگان مواد غذایی مداخله نمی کند. با این وجود، به عنوان نتیجه هشدار وزارت امور صحتی، نتیجتاً وقتی مصرف کننده گان از خرید آن اجناس خودداری می کنند، حقوق تولید کننده گان به صورت منفی تحت تأثیر قرار گرفته است. فراتر از این، رابطه علی میان این هشدار و رفتار مداخله آمیز وجود دارد. بنابراین، هشدار وزارت امور صحتی، محدودیتی است که بر حقوق تولید کننده گان اعمال شده است.

پ). توجیه اعمال محدودیت‌ها بر حقوق اساسی و بشری

۱. احکام زیربط

۱-۱. جهات ممنوعه اعمال محدودیت

ماده ۳۲ قانون اساسی افغانستان

مدیون بودن شخص موجب سلب یا محدود شدن آزادی وی نمی‌شود.
طرز و وسایل تحصیل دین توسط قانون تنظیم می‌گردد.
ماده ۱۱ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی
هیچ کس را نمی‌توان تنها به این علت که قادر به اجرای تعهد قراردادی خود نیست زندانی کرد.

۲-۱. تقلیل مجاز حقوق در حالت اضطرار

ماده ۱۴۵ قانون اساسی افغانستان

در حالت اضطرار، رئیس جمهور می‌تواند بعد از تأیید رؤسای شورای ملی و ستره محکمه،
تنفیذ احکام ذیل را معطل بسازد و یا بر آن‌ها قیودی وضع نماید:

۱. فقره دوم ماده بیست و هفتم؛

۲. ماده سی و ششم؛

۳. فقره دوم ماده سی و هفتم؛

۴. فقره دوم ماده سی و هشتم.

ماده ۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

۱. هرگاه یک خطر عمومی استثنایی (فوق العاده) موجودیت ملت را تهدید کند و این خطر رسماً اعلام بشود، کشورهای طرف این میثاق می‌توانند تدابیری خارج از الزامات مقرر در این میثاق به میزانی که وضعیت حتماً ایجاب می‌نماید اتخاذ نمایند؛ مشروط بر این که تدابیر مزبور با سایر الزاماتی که بر طبق حقوق بین‌الملل به عهده دارند مغایرت نداشته باشد و منجر به تبعیضی منحصر بر اساس نژاد، رنگ، جنس، زبان، اصل و منشأ مذهبی یا اجتماعی نشود.

۲. حکم مذکور در بند فوق هیچ گونه انحراف از مواد ۶ و ۷ بندهای اول و دوم ۸-۱۱-۱۵-۱۶ را تجویز نمی‌کند.

۳. کشورهای طرف این میثاق که از حق انحراف استفاده کنند مکلفند بلافاصله سایر دولت‌های طرف میثاق را توسط دبیر کل ملل متحد از مقرراتی که از آن انحراف ورزیده و جهاتی که موجب انحراف شده است مطلع نمایند و در تاریخی که به این انحراف‌ها خاتمه می‌دهند مراتب را بوسیله اعلامیه جدیدی از همان مَجری اطلاع دهند.

۳-۱. سوء استفاده از حقوق و شرایط حمایت کننده

ماده ۵۹ قانون اساسی افغانستان

هیچ شخصی نمی تواند با سوء استفاده از حقوق و آزادی های مندرج این قانون، بر ضد استقلال، تمامیت ارضی، حاکمیت و وحدت ملی عمل کند.

ماده ۳۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر

هیچ یک از مقررات اعلامیه حاضر نباید طوری تفسیر شود که متضمن حقی برای دولتی یا جمعیتی یا فردی باشد که به موجب آن بتواند هر یک از حقوق و آزادی های مندرج در این اعلامیه را از بین ببرد و یا در آن راه فعالیت بنماید.

ماده ۵ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

۱. هیچ یک از مقررات این میثاق نباید به نحوی تفسیر شود که متضمن ایجاد حقی برای دولتی یا گروهی یا فردی گردد که به استناد آن به منظور تضییع هر یک از حقوق و آزادی های شناخته شده در این میثاق و یا محدود نمودن آن بیش از آنچه در این میثاق پیش بینی شده است مبادرت به فعالیتی بکند و یا اقدامی به عمل آورد.
۲. هیچ گونه محدودیت یا انحراف از هر یک از حقوق اساسی بشر که به موجب قوانین، کنوانسیون ها، آیین نامه ها یا عرف و عادات نزد هر دولت طرف این میثاق به رسمیت شناخته شده یا نافذ و جاری است به عذر این که این میثاق چنین حقوقی را به رسمیت نشناخته یا این که به میزان کمتری به رسمیت شناخته است قابل قبول نخواهد بود.

ماده ۵ میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

۱. هیچ یک از مقررات این میثاق را نمی توان به نحوی تفسیر نمود که متضمن ایجاد حقی برای دولتی یا گروهی یا فردی گردد که به استناد آن به منظور تضییع هر یک از حقوق و آزادی های شناخته شده در این میثاق و یا محدود نمودن آن بیش از آنچه در این میثاق پیش بینی شده است مبادرت به فعالیتی بکند و یا اقدامی به عمل آورد.
۲. هیچ گونه محدودیت یا انحراف از هر یک از حقوق اساسی بشر که به موجب قوانین، مقاوله نامه ها، آیین نامه ها یا عرف و عادات در هر کشور طرف این میثاق به رسمیت شناخته شده یا نافذ و جاری است به عذر این که این میثاق چنین حقوقی را به رسمیت نشناخته یا این که به میزان کمتری به رسمیت شناخته قابل قبول نخواهد بود.

ماده ۲۴ میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

هیچ یک از مقررات این میثاق نباید به نحوی تفسیر گردد که به مقررات منشور ملل متحد و اساسنامه های مؤسسات تخصصی دایر به تعریف مسؤولیت های مربوط به هر یک از ارکان

مختلف سازمان ملل متحد و مؤسسات تخصصی نسبت به مسائل موضوع این میثاق لطمه‌ای وارد آورد.

ماده ۴۶. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

هیچ یک از مقررات این میثاق نباید به نحوی تفسیر بشود که به منشور ملل متحد و اساسنامه‌های مؤسسات تخصصی دایر به تعریف مسئولیت‌های مربوط به هر یک از ارکان سازمان ملل متحد و مؤسسات تخصصی نسبت به مسائل موضوع این میثاق لطمه‌ای وارد آورد.

ماده ۲۵ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

هیچ یک از مقررات این میثاق نباید به نحوی تفسیر گردد که به حق ذاتی کلیه ملل به تمتع و استفاده کامل و آزادانه آنان از منابع و ثروت‌های طبیعی خودشان لطمه‌ای وارد آورد.

ماده ۴۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

هیچ یک از مقررات این میثاق نباید به نحوی تفسیر شود که به حق ذاتی کلیه ملل به تمتع و استفاده کامل و آزادانه آنان از منابع و ثروت‌های طبیعی خودشان لطمه‌ای وارد آورد.

۲. تبصره پیرامون توجیه محدودیت‌ها بر حقوق اساسی و حقوق بشر

هر نوع محدودیت اعمال شده توسط دولت نسبت به حقوق اساسی و حقوق بشر مستلزم توجیه آن است تا مجاز و قابل قبول باشد.

«دولت‌های عضو باید از نقض حقوق به رسمیت شناخته شده در میثاق خودداری کنند، و هر نوع محدودیت نسبت به هر کدام از حقوق، باید به موجب احکام و مقررات دیگر میثاق مجاز باشد. وقتی چنین محدودیتی اعمال گردید، دولت‌ها باید دلایل ضرورت خود را نشان دهند و صرف از این گونه تدابیر به حیثی استفاده کنند که برای حمایت از مقاصد مشروع جهت تأمین حمایت مستمر و مؤثر از حقوق مذکور در میثاق، متناسب باشند، در هیچ قضیه‌ای نمی‌توان محدودیتی را به شیوه‌ای اعمال کرد و یا تقاضا نمود که به اساس و ماهیت حق مذکور در میثاق زیانی وارد می‌کند.»^{۹۲}

حکم فوق بیانگر آن است که اعمال محدودیت بر حقوق بشر، از لحاظ قانون اساسی صرف در صورتی مجاز است که اقدام محدود کننده حقوق (أ) مبتنی بر حکم قانونی باشد که توسط پارلمان وضع شده و مطابق قانون اساسی هم باشد، و (ب) تدبیر اتخاذ شده راجع به یک قضیه

^{۹۲} کمیته حقوق بشر، تفسیر و اظهار نظر کلی نمبر ۳۲، ۲۰۰۴، پاراگراف ۶، متن آن تحت آدرس زیر در دسترس است:

<http://www.ohchr.org/english/hrc/comments.htm>

خاص، متناسب با هدف مشروعی که به دنبال آن است، باشد.

۱-۲. محدودیت ایجاد شده توسط قانون

قاضی رسیدگی کننده به موجه بودن یا نبودن محدودیت اعمال شده بر حقوق بشر، ابتدا باید قانونی را که مبنای چنین محدودیتی را فراهم کرده است، معین نماید. اعمال هر نوع محدودیت بدون مجوز قانونی، اصل حاکمیت قانون و به علاوه حقی که محدود شده است را نقض می نماید. همین نکته در مورد محدودیت های ناشی از قوانین مناقض قانون اساسی که باطل و ملغی می باشند، نیز صادق است.^{۹۳} در رابطه با هر کدام از این قضایا، اعمال محدودیت هیچ مبنای قانونی ندارد.

قانون محدود کننده حقوق اساسی و بشری باید به اندازه کفایت صریح و دقیق باشد. اصل قانونی بودن، که مقتبس از اصل حاکمیت قانون است، مستلزم آن است که نه تنها اقدام محدود کننده به موجب قانون تنظیم شده باشد، بلکه اعمال محدودیت ها بر حقوق اشخاص که به صورت قانون نیز تنظیم شده است باید به نحو ساده ای با توجه به ظاهر قانون قابل تعیین و پیش بینی باشد. سرانجام، قوانین و مقررات محدود کننده باید به نحو مضیق و محدود تفسیر گردند.

۲-۲. متناسب بودن محدودیت

قدم بعدی آن است که معلوم و معین شود آیا قانون محدود کننده حق، به نحو مقرر در قانون اساسی بر قضیه مورد بررسی اعمال شده است. برای این مرحله، ما به اصل تناسب توجه کرده و به ارزیابی کلیه دلایل در جهت تأیید دخالت قاضی، به نمایندگی از مجنی علیه یا زیان دیده، در مقابل دلایل حمایت کننده از اقدام دولت می پردازیم.

اصل تناسب مشابه با شرط پروسه کامل یا تمام عیار و منصفانه (due process) در قانون اساسی آمریکا است و از اصل حاکمیت قانون و اصل دموکراسی منتج می گردد. به علاوه ضرورت رعایت اصل تناسب، به طور منطقی از ماهیت و طبیعت احکام و موازین مربوط به حقوق اساسی اشخاص تبعیت می کند. در میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی و میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ضرورت رعایت تناسب از شروط و عباراتی

^{۹۳} مطابق ماده ۱۲۱ ق.ا.ا، صرف ستره محکمه صلاحیت و توانایی ابطال یک قانون را دارد. اگر قاضی رسیدگی کننده درخصوص انطباق یک قانون محدود کننده یک حق اساسی با قانون اساسی دچار تردید باشد، او صرف می تواند به ستره محکمه شکایت کند. با این وجود، این موضوع روشن و صریح نیست که آیا قاضی مکلف به احاله قانون به ستره محکمه جهت بررسی آن است یا آن که این تصمیم به صلاح دید او بستگی دارد.

مانند «ضرورت در یک جامعه دموکراتیک» (مواد ۲۱ و ۲۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی)، «صرف به منظور ارتقای رفاه عمومی در یک جامعه دموکراتیک» (ماده ۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی)، «غیر خودسرانه» (مواد ۶(۱)، ۹(۱)، ۱۲(۴) ۱۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی) و «متعارف» (ماده ۲۵ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی) استنباط می‌گردد.

بنابراین، اصل تناسب مستلزم آن است که هر نوع محدودیت به گونه‌ای طرح شود که یک هدف مشروع (مانند حق، منفعت یا موضوع) را مورد حمایت قرار داده، برای حصول به آن هدف مناسب و نیز ضروری و دارای اقتضاء باشد.

- هدف مشروع

اولین قدم برای ارزیابی و بررسی متناسب بودن محدودیت اعمال شده نسبت به حقوق، آن است که هدف دولت از اعمال آن محدودیت مشخص گردد. مطابق قانون اساسی افغانستان، هر حق مذکور در قانون اساسی جز حقوق مطلق، ممکن است مطابق به احکام قانون محدود گردد. برخی احکام و موازین مربوط به حقوق اساسی، هدف محدودیت‌های اعمال شده نسبت به آنها را به تفصیل بیان نموده و اهداف مشروعی که ممکن است مدنظر و پی‌گیری قرار گیرند را محدود و مضیق کرده‌اند. به حیث مثال، حق آزادی صرف در جایی می‌تواند محدود گردد که تطبیق آن به عکس موجب اضرار به حقوق دیگران یا مصلحت عمومی شود. ماده ۲۴ (۱) قانون اساسی افغانستان) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز حاوی عبارات و شروط صریح و آشکاری راجع به اعمال محدودیت می‌باشند که از آنها تحت عنوان تأمین منافع عمومی مانند نظم عمومی و امنیت ملی یاد شده است (مانند ماده ۸ (۱) میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، ماده ۱۲ (۳) و ماده ۱۴ (۱) میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در مواردی که قاعده یا حکم مربوط به حقوق اساسی یا بشری صراحتاً هدف مشروع برای تحدید آن را ذکر می‌کند، اقدام محدود کننده حق توسط دولت نیز صرف محدود به همان هدف یاد شده می‌گردد. اگر اقدام دولت در پی حصول به یک هدف نامشروع باشد، اعمال چنان محدودیتی نیز غیرموجه است.

- مناسب بودن

همین که معلوم شد هدف محدودیت اعمال شده مشروع می‌باشد، وسایل و ابزارهای اعمال آن نیز باید مناسب با حصول به آن هدف باشند. هرگونه اقدام دولتی که مناسب برای حصول به آن هدف مفروض نباشد، غیرقانونی است.

- ضرورت داشتن

به علاوه، ابزار و وسیله مناسب که برای حصول به یک هدف مشروع مورد استفاده قرار گرفت باید دارای حداقل تأثیر محدود کننده نسبت به حقی باشد که نقض شده است (ضرورت). وسایل و ابزارهای جایگزین که کمتر تعدی آمیز (نقض کننده) بوده و در عین حال همان هدف را محقق می‌کنند باید بر وسایل محدود کننده تر ترجیح داده شوند. «احترام و تمکین قضایی نسبت به مقنن انتخاب شده به شیوه دموکراتیک، مستلزم احترام به انتخاب‌های قانونی است» و ممکن است جایی که مصلحت اندیشی قانونی صورت گرفته است، محدودیت‌هایی را بر بررسی قضایی وارد کند. در قضایای مستلزم اتخاذ تصمیم اجرایی، محکمه می‌تواند از مرجع اجرایی خبره تر در ارتباط به تأثیر احتمالی انواع اقدامات تکمین کند. تمکین قضایی منتج از تفکیک قوا و محدودیت قوای دولتی به وسیله آموزه‌های حقوقی است.

- اقتضا داشتن

سرانجام، اعمال محدودیت نسبت به حقوق اشخاص نباید نظر به منافع حاصله برای دولت، افراطی و بیش از حد باشد. اساساً، قاضی باید در نظر بگیرد که آیا هدف دولت ارزش پی‌گیری و تعقیب را با توجه به هزینه‌هایی که برای آزادی‌های فردی دارد، داشته است.

مطابق قانون توازن، به همان اندازه که مداخله در حقوق اشخاص بیشتر است، دلایل مداخله در این حقوق نیز باید مهم‌تر و بزرگ‌تر باشد.

بنابراین اقدامات تقنینی و اجرایی نامتناسب، غیرقانونی اند.^{۹۴}

^{۹۴} R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford 2002, P. 126.

فصل سوم:

تفصیل (اجرای) حقوق بشر

این فصل به بحث راجع به حقوق بشر با تفصیل بیشتر می پردازد. احکام و مقررات ذیربط از قانون اساسی افغانستان و کنوانسیون های بین المللی حقوق بشری، طرف دیگر این بحث است که نشان داده خواهد شد. اعلامیه های موجود مسلمانان و نیز اعلامیه اسلامی حقوق بشر به حیث اصول راهبر عمل نموده، جنبه الزام آور ندارد. به همین دلیل این اعلامیه ها در ذیل احکام ذیربط مورد استناد قرار نگرفته اند، لیکن در تفسیر پیرامون هر یک از حقوق مورد توجه و اشاره قرار می گیرند. در تفسیر پیرامون هر کدام از حقوق حسب موضوع، ساحه حمایت از حق، محدودیت های احتمالی نسبت به کدام یک از حقوق و تحقیق برای توجیه محدودیت اعمال شده نسبت به حقوق با مثال های خرد و نسبتا ساده ای مورد بررسی قرار گرفته اند. روش و نظم انتخابی برای بحث راجع به حقوق بشر در این فصل، مزیت و برتری یک حق نسبت به حق یا حقوق دیگر را تحت تأثیر قرار نمی دهد. تضمین و ترکیب تمام این حقوق، برای برخورداری از زندگی توام با صلح و امنیت و کرامت ضروری و اساسی است؛ به حیثی که تمام انواع حقوق بشر، در معنا و مفهوم با یکدیگر تعامل دارند؛ به این معنی که اجرای هر کدام از حقوق بشری، تا اندازه ای به تطبیق سایر حقوق بشری بستگی دارد. به حیث مثال، حقوق مربوط به صحت می تواند شامل حمایت و تطبیق حقوق دیگری مانند: حق تعلیم و تربیه، حق برخورداری از اطلاعات و آگاهی، حمایت اجتماعی، حق داشتن مسکن و حق مشارکت (اشتراک در فعالیت های) سیاسی، تأثیر و قدرت دموکراتیک در نظام تقنینی باشد. با وجود این، تمام حقوق بشری را نمی توان در این فصل مورد مطالعه قرار دارد یا به یک اندازه در

مورد آنها عمیقاً بحث نمود.

گفتار یکم: کرامت انسانی

الف) احکام ذیربط

ماده ۶ قانون اساسی افغانستان

دولت به ایجاد یک جامعه مرفه و مترقی بر اساس عدالت اجتماعی، حفظ کرامت انسانی، حمایت حقوق بشر، تحقق دموکراسی، تأمین وحدت ملی، برابری بین همه اقوام و قبایل و انکشاف متوازن در همه مناطق کشور مکلف می‌باشد.

ماده ۲۶ قانون اساسی افغانستان

جرم یک عمل شخصی است. تعقیب، گرفتاری یا توقیف متهم و تطبیق جزا بر او به شخص دیگری سرایت نمی‌کند.

ماده ۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر

تمام افراد بشر آزاد به دنیا می‌آیند و از لحاظ حیثیت و حقوق با هم برابرند. همه دارای عقل و وجدان می‌باشند و باید نسبت به یکدیگر با روح برادری رفتار کنند.

ماده ۲۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر

هر کس به عنوان عضو اجتماع حق امنیت اجتماعی دارد و مجاز است به وسیله مساعی ملی و همکاری بین‌المللی، حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خود را که لازمه مقام و نمو آزادانه شخصیت اوست با رعایت تشکیلات و منابع هر کشور به دست آورد.

ب) تبصره پیرامون کرامت انسانی

۱. کرامت انسانی به حیث یک ارزش مطلق

حمایت و تضمین کرامت انسانی، موضوع اساسی و محوری حمایت از حقوق بشر است. مطابق ماده ۲۴ (۲) قانون اساسی افغانستان «آزادی و کرامت انسان از تعرض مصون است.» مطابق قانون اساسی افغانستان، کرامت انسانی به نحوی مطلق مد نظر قرار گرفته و اجازه هیچ نوع محدودیت یا نقض آن داده نشده است. این نوع فهم و درک از کرامت انسانی مطابق با مفهوم کلی کرامت انسانی در نظم حقوقی نظام‌های مختلف می‌باشد. موجود انسانی دارای ارزش ذاتی است که نیازمند تحصیل آن نیست و قابل از دست دادن و فروختن نیز نمی‌باشد.

۲. تعامل کرامت انسانی با اصل آزادی و برابری

فراتر از این، ماده ۲۴ (۲) قانون اساسی افغانستان بر تعامل میان آزادی و کرامت انسانی تأکید می‌کند. به علاوه، رعایت و حمایت کرامت انسانی اشخاص منوط به حمایت همزمان از آزادی و احترام به برابری همه انسان‌ها با یکدیگر است. ماده ۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر، اندیشه محوری حمایت از حقوق بشر را نشان می‌دهد: «تمام افراد بشر آزاد به دنیا می‌آیند و از لحاظ حیثیت (کرامت) و حقوق با هم برابرند.» بنا بر این، قانون اساسی افغانستان حکم به وظایف منفی و مثبت دولت در ارتباط با حقوق اساسی و بشری می‌نماید. از یک طرف دولت افغانستان وظیفه اجتناب از مداخله در آزادی و کرامت و حیثیت انسانی اشخاص را دارد و از طرف دیگر، افغانستان متعهد به اتخاذ تدابیر مثبت جهت تأمین آزادی و کرامت انسانی است.

در راستای ماده ۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۱ (أ) اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام^{۹۵} نیز بیان می‌کند که: بشر بطور کلی یک خانواده می‌باشد که بندگی نسبت به خداوند و فرزندی نسبت به آدم، آنها را به هم گرد آورده و نیز اینکه مردم در اصل شرافت و تکلیف و مسوولیت بدون هرگونه تبعیض از لحاظ نژاد یا رنگ یا زبان یا جنس یا اعتقاد دینی یا وابستگی سیاسی یا وضع اجتماعی و... برابرند. ماده ع (أ) اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام بر تساوی زن و مرد به نحو خاصی که ناظر به کرامت و حیثیت انسانی است تأکید می‌کند و اعلام می‌نماید که:

«در حیثیت انسانی، زن با مرد برابر است و به همان اندازه که زن وظایفی دارد، از حقوقی نیز برخوردار است و دارای شخصیت مدنی و ذمه مالی مستقل و حق حفظ نام و نسب خویش می‌باشد.»

۳. یک حق مستقل؟

استدلال شده است که کرامت و حیثیت انسانی یک حق خود اتکا و مستقل است. با این وجود، این بحث بسیار جنبه عملی و کاربردی ندارد، زیرا نقض هر کدام از حقوق اساسی بشری توسط مراجع دولتی موجب نقض عقیده بنیادین کرامت و حیثیت انسانی می‌گردد. بنابر این، عقیده کرامت انسانی به هنگام بررسی ادعای نقض حقوق بشر باید مورد توجه و رسیدگی قرار گیرد. مسلماً، این که تعریف کرامت انسانی چیست، بسیار مشکل است. با این وجود،

^{۹۵} متن آن در آدرس زیر قابل دسترسی است:

کرامت و حیثیت انسانی وقتی که یک شخص از صلاحیت و توانایی خود به حیثیت انسان محروم می‌شود و این محرومیت صرف بنا به اراده و خواست دولت است، نقض می‌گردد.^{۹۶} به علاوه چنین رفتار و برخورد ناقض کرامت انسانی باید برای تحقیر ارزش ذاتی شخص به حیثیت یک موجود انسانی باشد.^{۹۷} مثال‌های معمول راجع به نقض کرامت و حیثیت جریحه دار شده شخص انسانی عبارتند از برده‌گی، نقل و انتقال (برای خرید و فروش و استثمار آنها) و شکنجه. صرف نظر از این گونه اعمال ممنوعه در سطح جهانی، در بسیاری از کشورها طرز عمل نامناسب با اقلیت‌های آسیب پذیر مانند زنان، اطفال، مبتلایان به امراض روانی، اعضای گروه‌های مذهبی، قومی، فرهنگی و سیاسی یا افراد بی خانمان، از جمله موارد تهدید و تقبیح کرامت انسانی می‌باشد.

^{۹۶} بنگرید به تصمیم محکمه فدرال قانون اساسی آلمان در مجموعه تصامیم محکمه مذکور (BVerfGE)، ۶، ۱۶۷ و ۱۷۱.

^{۹۷} بنگرید به تصمیم محکمه فدرال قانون اساسی آلمان در مجموعه تصامیم محکمه مذکور (BVerfGE)، ۳۰، ۱ و ۲۶.

گفتار دوم: حق به رسمیت شناخته شدن به حیث یک شخص در برابر قانون

الف) احکام ذیربط

ماده ۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر

هر کس حق دارد که شخصیت حقوقی او در همه جا به عنوان یک انسان در مقابل قانون شناخته شود.

ماده ۱۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

هر کس حق دارد به اینکه شخصیت حقوقی او همه جا در مقابل قانون شناخته شود.

ب) تبصره پیرامون حق به رسمیت شناخته شدن به حیث یک شخص در برابر قانون

۱. اهمیت حق دارا بودن شخصیت حقوقی

مطابق اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، همه ابناء بشر دارای حق به رسمیت شناخته شدن به حیث یک شخص در برابر قانون می باشند. اگرچه این حق در قانون اساسی افغانستان ذکر نشده است، لیکن نمی توان اینگونه نتیجه گرفت که این حق در افغانستان شناخته نشده یا اعطاء نگردیده است، زیرا به رسمیت شناختن موجودیت یک شخص در برابر قانون شرط و مقدمه بنیادین وجود یک دولت مطیع حاکمیت قانون می باشد.

ذهنیت حقوقی میان اشخاص از جهت آنکه صرف، موضوع قانون باشند یا صلاحیت برخوردار از حقوق و وظایفی را داشته باشند، قائل به تمایز است، و این امر به نحو نزدیکی به حق کرامت ذاتی انسان مرتبط است. بدون به رسمیت شناخته شدن این شخصیت، اشخاص از تمام حقوق خود محروم می شوند، به همان ترتیب که به حیث مثال با برده گان در حقوق روم رفتار می شد و در دوره جدید یهودیان در حکومت رایش سوم یا سیاهان در رژیم آپارتاید افریقای جنوبی از چنین شخصیتی محروم بودند. ساحه حمایت از حق داشتن شخصیت در برابر قانون با تولد آغاز می شود و با مرگ پایان می یابد.

با وجود این، این حق می تواند - و در برخی نظام های حقوقی نیز اینگونه شده است - به اطفال متولد نشده در ارتباط به برخی حقوق مانند حق ارث تسری پیدا کند.

۲. یک حق مستقل؟

همانند قانون اساسی افغانستان، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، صراحتاً حق داشتن شخصیت حقوقی را مورد تصریح قرار نداده است. کمیته مسلکی شورای اروپا تصریح به چنین حقی را غیر ضروری می‌داند و آن را از سایر مواد کنوانسیون استنباط می‌کند.

به علاوه، حق برخورداری از شخصیت حقوقی، یک حق ماهوی و قابل تطبیق به نحو خود مختارانه نیست. در مقابل، این حق باید در تفسیر سیستماتیک (نظام‌مند) از سایر احکام حقوق بشری مد نظر قرار گیرد.^{۹۸}

۳. ارتباط با صلاحیت اقدام و عمل

صلاحیت داشتن شخصیت در برابر قانون، به نحو خود بخودی ایجاد صلاحیت اقدام و عمل که به حیث مثال، شامل صلاحیت تحمل و قبول مسئولیت قراردادی یا مسئولیت غیرمستقیم می‌شود، نمی‌کند. تمام نظام‌های حقوقی، صلاحیت اقدام و عمل را نسبت به صغار و اشخاص مصاب به امراض روانی محدود کرده‌اند. این نگرش در میان بیشتر کشورهای اسلامی و مسلمانان نیز مشترک است. به حیث مثال، ماده ۸ اعلامیه قاهره پیرامون حقوق بشر در اسلام مقرر می‌کند:

«هر انسان از لحاظ الزام و التزام از یک شخصیت شرعی برخوردار است و اگر این شخصیت از بین رفت یا مخدوش گردید، قیم جای او را می‌گیرد.»

۴. شخصیت حقوقی صغار

اگر چه حق داشتن شخصیت حقوقی از زمان تولد به فرد اعطا می‌گردد، به این معنا که اطفال دارای حق مشابه همانند کلان سالان می‌شوند، لیکن اطفال ممکن است در تکمیل و اجرای حقوق خود تا وقتی که به سن تعیین شده در قانون نرسیده باشند، محدود گردند. ماده ۷ (أ) اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام در این خصوص بیان می‌کند:

«هر طفلی از زمان تولد، حقی بر گردن والدین خویش و جامعه و دولت در محافظت دوران طفولیت و تربیت نمودن و تأمین مادی و صحی و اخلاقی دارد...»

⁹⁸ M. Novak, *U.N. Covenants on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2nd ed. Kehl 2005, Art. 16 note 9.

گفتار سوم: حق تساوی در برابر قانون و حق حمایت مساوی توسط قانون

قضیه: نظر به بیر و بار بسیار در شهرهای بزرگ و تعداد رو به افزایش تصادم موترها که منجر به مرگ تعدادی از موتورسیکلت سوران شده است، قانون جدید وضع شده است که پوشیدن کلاه ایمنی برای درایورهای موتورسیکلت ها را اجباری کره است.

علی در کابل کار می کند و از موتور سیلکت قدیمی خود برای آمد و شد استفاده می نماید. او این اقدام حمایتی دولت را غیر ضروری می داند. به علاوه او هیچ پولی برای تهیه کلاه ایمنی ندارد. همکار علی از بای سیکل خود استفاده می کند و طبق قانون جدید ملزم به استفاده از کلاه ایمنی نمی باشد. علی مدعی است که قانون جدید تبعیض آمیز است. آیا او درست و صحیح فکر می کند؟

الف) احکام ذیربط

ماده ۶ قانون اساسی افغانستان

دولت به ایجاد یک جامعه مرفه و مترقی بر اساس عدالت اجتماعی، حفظ کرامت انسانی، حمایت حقوق بشر، تحقق دموکراسی، تأمین وحدت ملی، برابری بین همه اقوام و قبایل و انکشاف متوازن در همه مناطق کشور مکلف می باشد.

ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان

هر نوع تبعیض و امتیاز بین اتباع افغانستان ممنوع است.
اتباع افغانستان اعم از زن و مرد در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی می باشند.

ماده ۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر

۱. هر کس می تواند بدون هیچ گونه تمایز، مخصوصا از حیث نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا هر عقیده دیگر و همچنین ملیت، وضع اجتماعی، ثروت، ولادت یا هر موقعیت دیگر، از تمام حقوق و کلیه آزادی ها که در اعلامیه حاضر ذکر شده است، بهره مند گردد.

۲. به علاوه هیچ تبعیضی به عمل نخواهد آمد که مبتنی بر وضع سیاسی، اداری و قضایی یا بین المللی کشور یا سرزمینی باشد که شخص به آن تعلق دارد، خواه این کشور مستقل، تحت قیمومت یا غیر خود مختار بوده یا حاکمیت آن به شکلی محدود شده باشد.

ماده ۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر

همه در برابر قانون مساوی هستند و حق دارند بدون تبعیض و بالسویه از حمایت قانون بر خوردار شوند. همه حق دارند در مقابل هر تبعیضی که ناقض اعلامیه حاضر باشد و بر علیه هر تحریکی که برای چنین تبعیضی به عمل آید، به طور تساوی از حمایت قانون بهره مند شوند.

ماده ۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

کشورهای طرف این میثاق متعهد می‌شوند که حقوق شناخته شده در این میثاق را درباره کلیه افراد مقیم در قلمرو تابع حاکمیتشان بدون هیچ گونه تمایزی از قبیل نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا عقیده دیگر، اصل و منشأ ملی یا اجتماعی، ثروت، نسب یا سایر وضعیت‌ها محترم شمرده و تضمین بکنند.

ماده ۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

کشورهای طرف این میثاق متعهد می‌شوند که تساوی حقوق زنان و مردان را در استفاده از حقوق مدنی و سیاسی پیش‌بینی شده در این میثاق، تأمین کنند.

ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

۱. همه در مقابل محاکم و دیوان‌های عدلی متساوی هستند ...

ماده ۲۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

کلیه اشخاص در مقابل قانون متساوی هستند و بدون هیچ گونه تبعیض استحقاق حمایت بالسویه قانونی را دارند. از این لحاظ قانون باید هرگونه تبعیضی را منع کرده و برای کلیه اشخاص حمایت مؤثر و متساوی علیه هر نوع تبعیض خصوصاً از حیث نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی و عقاید دیگر، اصل و منشأ ملی یا اجتماعی، مکنت، نسب یا هر وضعیت دیگر تضمین بکند.

ماده ۲۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

در کشورهایی که اقلیت‌های نژادی- مذهبی یا زبانی وجود دارد اشخاص متعلق به اقلیت‌های مزبور را نمی‌توان از این حق محروم نمود که به طور جمعی با سایر افراد خودشان از فرهنگ خاص خود متمتع شوند و به دین خود متدین بوده و بر طبق آن عمل کنند یا زبان خود را استعمال نمایند.

ماده ۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

۱. ...

۲. کشورهای طرف این میثاق متعهد می‌شوند که اعمال حقوق مذکور در این میثاق را بدون هیچ تبعیض از حیث نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا هرگونه عقیده دیگر، اصل و منشأ ملی یا اجتماعی، ثروت، نسب یا هر وضعیت دیگر تضمین نمایند.

ماده ۳ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

کشورهای طرف این میثاق متعهد می‌شوند که تساوی حقوق زنان و مردان را در استفاده از حقوق اقتصادی- اجتماعی و فرهنگی مقرر در این میثاق تأمین نمایند.

ماده ۲ کنوانسیون رفع هر نوع تبعیض علیه زنان.

دولت‌های عضو تبعیض علیه زنان را در کلیه اشکال آن محکوم کرده، موافقت می‌نمایند که بدون تأخیر سیاست محو تبعیض علیه زنان را با کلیه ابزارهای مناسب دنبال نموده و بدین منظور موارد ذیل را متعهد می‌شوند:

- ا. گنجاندن اصل مساوات میان زنان و مردان در قانون اساسی یا سایر قوانین مربوط به هر کشور، چنانچه تا کنون منظور نشده باشد، و تضمین تحقق عملی این اصل به وسیله وضع قانون یا سایر طرق مناسب دیگر؛
- ب. تصویب قوانین مناسب و یا اقدامات دیگر، از جمله مجازات در صورت اقتضا، به منظور ممنوع کردن تبعیض علیه زنان؛
- ج. برقراری حمایت قانونی از حقوق زنان بر مبنای برابری با مردان و حصول اطمینان از حمایت مؤثر از زنان در مقابل هرگونه اقدام تبعیض آمیز از طریق مراجع قضایی ذی صلاح ملی و سایر مؤسسات دولتی؛
- د. خودداری از انجام هرگونه عمل و حرکت تبعیض آمیز علیه زنان و تضمین رعایت این تعهدات توسط مراجع و مؤسسات دولتی؛
- ه. اتخاذ کلیه اقدامات مناسب جهت محو تبعیض علیه زنان توسط هر شخص، سازمان و یا شرکت؛
- و. اتخاذ تدابیر لازم از جمله وضع قوانین به منظور اصلاح یا فسخ قوانین، مقررات، عرف یا روش‌های موجود که علیه زنان تبعیض آمیز می‌باشند؛
- ز. فسخ کلیه مقررات جزایی ملی که تبعیض علیه زنان را موجب می‌شوند.

ب) تبصره پیرامون حق تساوی در برابر قانون

۱. اهمیت اصل تساوی

به همراه حاکمیت قانون و دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی و آزادی فردی، اصل تساوی شالوده و سنگ بنای حمایت از حقوق بشر است.^{۹۹} منع تبعیض مانند تمایز زیان بار میان مردم بر مبنای برخی ویژگی‌های شخصی و معین از قبیل نژاد، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا غیر آن، منشأ ملی یا اجتماعی، ملکیت یا تولد، از جمله عناصر بنیادین اصل تساوی هم در حقوق داخلی و هم در حقوق بین الملل می‌باشند. بیشتر طول تاریخ شاهد کشمکش و درگیری برای توسعه دنیای مردمی که باید مساوی تلقی شده و نمی‌بایست علیه آنها تبعیضی روا

^{۹۹} بنگرید به همان مأخذ قبلی، ماده ۲۶، پاراگراف ۱.

می‌شد، بوده است.^{۱۰۰} بنابراین، تبعیض، به نحو واقعی، ریشه تمام انواع تعدی و تجاوز به حقوق بشر است.^{۱۰۱}

دولت‌ها متعهد به رعایت و تأمین تمام ابعاد حقوق بشر بدون ایجاد تمایز، بنا به دلایل غیر مجاز می‌باشند (ماده ۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر؛ ماده ۲ (۱) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی؛ ماده ۲ (۲) میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی)، و موظف به اتخاذ تدابیری جهت تساوی حقوق مردان و زنان تا سرحد برخورداری کامل آنان از حقوق مدنی، سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی هستند (ماده ۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تا حدودی) تعهدات دولت به ایجاد برابری جنسیتی بیشتر، به تفصیل در کنوانسیون رفع هر نوع تبعیض علیه زنان مورد توجه قرار گرفته است.^{۱۰۲} به علاوه، قانون اساسی افغانستان بر تعهد دولت به ایجاد وحدت ملی و تساوی میان تمام گروه‌های قومی و قبایل تأکید می‌کند (ماده ۶ قانون اساسی افغانستان) تدابیر و اقدامات دولت علیه تبعیض نژادی و قومی در کنوانسیون رفع هر نوع تبعیض نژادی، تعیین شده است.^{۱۰۳} نظر به اینکه اینها تعهدات فرعی دولت می‌باشند،^{۱۰۴} حق تساوی (ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان؛ ماده ۲۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی) یک حق مستقل است.

۲. حق تساوی به حیث یک حق مستقل

حق تساوی در برابر قانون و رفتار (برخورد) مساوی توسط قانون، به طور کلی نسبت به تمام انواع روابط میان اشخاص و دولت قابل تطبیق است. از آنجا که حق تساوی در برابر قانون،

¹⁰⁰ R.L. Maddex, *International Encyclopedia of Human Rights, Freedom, Abuses, and Remedies*, Washington D.C. 2000, 113.

¹⁰¹ S.Joseph/J.Schultz/M.Castan, *International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford 2004, para 23.01

¹⁰² ماده ۱ کنوانسیون رفع هر نوع تبعیض علیه زنان اصطلاحات تبعیض علیه زنان را چنین تعریف کرده است: «هرگونه تمایز، استثناء (محروریت) یا محدودیت بر اساس جنسیت که نتیجه یا هدف آن خدشه دار کردن یا لغو شناسایی، بهره‌مندی، یا اعمال حقوق بشر و آزادی‌های اساسی در زمینه‌های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، مدنی و یا هر زمینه دیگر توسط زنان صرف نظر از وضعیت زناشویی ایشان و بر اساس تساوی میان زنان و مردان».

¹⁰³ ماده ۱ کنوانسیون رفع هر نوع تبعیض نژادی اصطلاح تبعیض نژادی را اینگونه تعریف می‌کند، «هر نوع تمایز و ممنوعیت یا محدودیت و یا رجحانی که بر اساس نژاد و رنگ یا نسب و یا منشأ ملی و یا قومی بوده و هدف یا اثر آن، از بین بردن، در معرض تهدید و مخاطره قرار دادن، شناسایی یا تمتع و یا استیفاء در شرایط متساوی از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی در زمینه‌های سیاسی و اجتماعی و فرهنگی و یا در هر زمینه دیگری از حمایت عمومی باشد».

¹⁰⁴ عدم تبعیض اثر و کارکرد مهم حقوق بشر است. بنگرید به «حق تساوی / حقوق مربوط به عدم تبعیض» فصل دوم، گفتار سوم، ب)، ۲-۲.

ناظر به تطبیق قانون بوده و بنا بر این خطاب به قوای اجراییه و قضاییه می‌باشد، حق رفتار و برخورد مساوی توسط قانون خطاب به قانون‌گذار ملی است.

رفتار و برخورد مساوی توسط قانون، مقنن را ملزم می‌کند که از اعمال همه انواع تبعیض در تمام قوانین اجتناب کند. با این وجود، این امر ضرورتاً متضمن برخورد مساوی با اشخاص و گروهی از مردم در جامعه نمی‌باشد. تبعیض‌های ممنوعه صرف آن دسته از تبعیض‌هایی هستند که مبتنی بر معیارهای متعارف و موضوعی نیستند. تعداد ویژگی‌ها و مشخصاتی که دلایل و زمینه‌های غیرمجاز برای ایجاد تمایز می‌باشند، (مذکور در ماده ۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر؛ مواد ۲ و ۲۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی) جامع و مانع نیست و صرف شامل آن دسته از ویژگی‌هایی می‌شود که به خصوص به حیث مبنای اعمال تبعیض، مشترک و شایع و قابل رد می‌باشند.

در مدیریت اجرای عدالت، حق تساوی در برابر قانون، اعمال هرگونه تبعیض در سرتاسر اجراءات قضایی به شمول مراحل پیش از محاکمه، محاکمه و پس از محاکمه را منع می‌کند. به هنگام اجرای قانون و تعیین آن، قضات و سایر مقامات باید مطمئن شوند که از حقوق هم مردان و هم زنان، به نحو یکسان توسط محاکم حمایت گردیده است. ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان آشکارا بیان می‌کند که جنسیت نمی‌تواند برخورد متفاوت در انجام اقدامات را توجیه نماید. اصل تساوی شامل حق دسترسی متساوی به محاکم برای تمام اتباع افغانستان اعم از مردان و زنان نیز می‌شود؛ بنا براین در افغانستان برای اقامه دعوی جهت احقاق حق، به زنان و مردان فرصت‌های برابر اعطاء شده است. در نتیجه، هرگونه نقض و اختلال در دسترسی زنان به محاکم، مناقض قانون است، امری که نظر به مشکلات خاص زنان در این خصوص که هنوز با آن روبرو می‌باشند، باید مورد تأکید خاص قرار گیرد.^{۱۰۵}

اصل تساوی عمیقاً در عقاید اسلامی ریشه دارد. مطابق ماده ۱۹ اعلامیه قاهره پیرامون حقوق بشر در اسلام

«(أ) همه اشخاص در برابر قانون مساوی اند بدون هیچگونه تمایز میان حاکمان و افراد تحت حکومت؛ (ب) حق دادخواهی برای همه تضمین شده است»^{۱۰۶}

¹⁰⁵ بنگرید به «تساوی در برابر قانون و رفتار مساوی توسط قانون»، رهنمود ماکس پلانک پیرامون موازن محاکمه منصفانه، چاپ سوم، بخش اول، فصل اول، أ.

¹⁰⁶ ماده ۱۹ اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام، حقوق بیشتری در ارتباط به محاکمه منصفانه در نظر گرفته و بیان نموده است: «(س) مسئولیت در اصل شخصی است (د) هیچ جرم یا مجازاتی نیست مگر به موجب احکام شریعت. (ی) متهم بی گناه است تا اینکه محکومیتش از راه محاکمه عادلانه‌یی که همه تضمین‌ها برای دفاع از او فراهم باشد، ثابت گردد.»

و ماده ۳ (أ) اعلامیه جهانی اسلامی حقوق بشر نیز بیان می کند

«همه اشخاص در برابر قانون مساوی اند و مستحق فرصت‌ها و حمایت مساوی از طرف قانون می‌باشند.»

۳. در ارتباط به حقوق تساوی خاص

حق تساوی در برابر قانون و رفتار (برخورد) مساوی توسط قانون که در ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان و ماده ۲۶ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی مقرر شده است در قیاس با حقوق تساوی خاص مانند حق دسترسی مساوی به خدمات عمومی، (ماده ۲۱ (۲) اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۲۵ (ج) میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی) و حق معاش مساوی برای کار مساوی (ماده ۲۳ (۲) اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۷ (أ) (ه) میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی) دارای ساحه‌ای عام و کلی است. حقوق تساوی خاص مقدم بر حق تساوی عام می‌باشند.

به علاوه، تأمین تمام حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مستلزم دسترسی مساوی به منابع محدود دولتی است. به حیث نمونه، تحصیلات عالی باید به نحو مساوی برای همه حسب شایستگی شان در دسترس باشد (ماده ۲۶ (۱) اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۱۳ (د) (ج) میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی) بنابر این، بررسی ادعای نقض حقوق اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی، مستلزم توجه به اصل تساوی یا برابری است. در نتیجه، این حق باید در ارتباط به حق تساوی در برابر قانون و رفتار مساوی توسط قانون مورد بررسی قرار گیرد.

۴. اشکال و انواع تبعیض

حق تساوی در برابر قانون و رفتار مساوی توسط قانون، تبعیض در قانون و عمل در هر زمینه‌ای که توسط مراجع عمومی تنظیم و حمایت شده است را منع می کند. منع تبعیض شامل هم تبعیض مستقیم و هم غیرمستقیم می گردد.

تبعیض مستقیم وقتی است که یک قاعده یا حکم میان طبقات مردم صراحتاً ایجاد تفکیک و تمایز کند. سوال اصلی در این خصوص آن است که ایجاد چنین تمایزی، موجه است؟

تبعیض غیر مستقیم زمانی ایجاد می شود که یک قاعده یا حکم میان دو طبقه از مردم ایجاد تمایز نمی کند، اما به گونه‌ای است که وقتی در عمل تطبیق می شود در واقع تأثیر متفاوتی بر دو طبقه از مردم دارد. به حیث مثال، تعهد موتور سیکلت سواران به پوشیدن کلاه ایمنی، تأثیر

متفاوتی بر سبک‌ها که به نحو سنتی عمامه می‌گذارند، دارد و در نتیجه این حکم متضمن عنصری از تبعیض غیر مستقیم است. یک مثال دیگر وضعیت کارکنان پاره وقت است (که اغلب زن هستند) و معاش کمتری در قیاس با کارکنان تمام وقت (که اغلب مرد هستند) دریافت می‌کنند. ایجاد تمایز میان کارکنان پاره وقت و تمام وقت موجب ایجاد تبعیض مستقیم می‌شود، زیرا تبعیض غیر مستقیم میان زن و مرد ایجاد می‌کند. قضایا و موارد مربوط به تبعیض غیر مستقیم، مشکل و پیچیده می‌باشند. علاوه بر ممنوعیت تبعیض به حیث جنبه منفی حق تساوی، ماده ۲۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی دولت‌های عضو را مکلف به تضمین حمایت مساوی و مؤثر از همه اشخاص در مقابل تبعیض نموده و بنابر این انجام اقدامات مثبت توسط دولت را خواستار است. ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان به این تعهد اشاره نکرده است. بنابر این، افغانستان وظیفه اتخاذ تدابیر مثبت به حیث آنکه تمام حقوق بشری هم تعهدات مثبت و هم منفی برای دولت‌ها ایجاد می‌کنند، دارد.^{۱۰۷} تعهد مثبت به حمایت مؤثر از اشخاص شامل حمایت در مقابل تبعیض توسط مجریان و عاملان خصوصی نیز می‌باشد. با این وجود، این بر عهده دولت‌های عضو است که تصمیم بگیرند کدام زمان و چگونه در مقابل تبعیض خاص با اتخاذ تدابیری واکنش نشان دهند، تا آنجا که این تدابیر، «حمایت مؤثر» تلقی گردند.

جایی که نابرابری‌های ریشه دار عمیق ناشی از عوامل سنتی یا ساختاری، در قوانین و رویه‌ها وجود دارند، اتخاذ تدابیر موقتی خاص با هدف تسریع در حصول به برابری و تساوی، وسیله‌ای مشروع تلقی می‌شود. به این دسته از تدابیر «تبعیض مثبت یا اقدام مثبت» اطلاق می‌گردد و یک شکل از تفاوت‌گذاری مستقیم است که با توجه به مشابَهت واقعی که از این طریق حاصل می‌شود، قابل توجیه می‌باشند. به حیث مثال، تدابیر حمایتی خاص برای مادران می‌تواند مطابق با ماده ۲۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی باشد. به علاوه، تدابیر تبعیض آمیز مثبت می‌توانند به حیث جبران خسارت مؤثر برای منافع از دست رفته مجنی‌علیه‌م در اقدامات دیکتاتور منشانه نظامی باشد.^{۱۰۸} با این وجود، قانونی بودن این اقدامات و تدابیر ممکن است در صورتی که کسی که از این امتیازات برخوردار نشده است احساس تبعیض نماید، مورد چالش و تردید قرار گیرد.

¹⁰⁷ بنگرید به «مفهوم مدرن (جدید)»، فصل دوم، گفتار سوم، ب)، ۲.

¹⁰⁸ M. Novak, *U.N. Covenants on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2nd ed. Kehl 2005, Art. 26.

۵. بررسی ادعای نقض حق تساوی

چگونه باید به بررسی ادعای نقض حق تساوی پرداخت؟ در صورت نقض حق تساوی در برابر قانون یا نقض حق رفتار مساوی توسط قانون، در دو مرحله به بررسی آن پرداخته می‌شود.

مرحله و قدم اول، تعیین این موضوع است که آیا تبعیض صورت گرفته است؟ سوال این است که آیا تمایز میان اشخاص و گروه‌های مختلف مردم ایجاد شده است؟ پاسخ به این سوالات مستلزم آن است که اشخاص و گروه‌های مختلف خود را در موقعیت قابل مقایسه (و در نتیجه برابر با دیگران) بیابند و بدانند. بنابراین، تبعیض یا عدم تساوی زمانی محقق می‌شود که یا اشخاص و گروه‌های قابل مقایسه (برابر) به نحو متفاوتی مورد برخورد و رفتار قرار گیرند، یا آن که اشخاص و گروه‌های غیر قابل مقایسه (و در نتیجه نابرابر)، توسط قانون یا در مرحله تطبیق آن مشمول رفتارهای مشابه و برابر قرار گیرند. یک نمونه از گروه‌های قابل مقایسه، محصلین مکاتب عمومی و محصلین مکاتب اختصاصی (خصوصی) می‌باشد.

مرحله و قدم بعد، طرح این سوال است که آیا ایجاد چنین تمایزی موجه است؟ توجیه تبعیض مربوط به شرایط یکسانی است که به حیث توجیه کننده اعمال محدودیت بر حق آزادی می‌باشند. قانون مربوط به یک موضوع یا تدابیری که برای تطبیق قانون اتخاذ می‌شوند، باید متناسب باشند.^{۱۰۹} تمام شرایط و اوضاع و احوال مرتبط باید قضیه به قضیه و مورد به مورد ارزش گذاری شوند. این امر به معنای آن است که قبل از هر چیز، چنین تبعیضی باید در تعقیب یک هدف و نتیجه مشروع باشد، مانند آنکه تبعیض باید مبتنی بر معیارهای عقلانی و متعارف و واقعی باشد. چنین معیارهای مجازی عبارتند از حمایت صحتی یا حمایت از گروه‌های آسیب پذیر خاص (اطفال، زنان حامله، اشخاص دچار نقص یا بیماری روانی، اقلیت‌ها و ...).

اگر دلیل کافی برای آنکه به مقنن اجازه داده شود که صراحتاً تمایزی را میان دو طبقه از مردم ایجاد کند، وجود نداشته باشد، چنان قانونی ناقض حق تساوی شخص یا گروه متأثر از آن است. اگر دلیل کافی برای الزام قانون گذار به اینکه صراحتاً تمایزی را میان دو طبقه از مردم ایجاد کند، وجود داشته باشد، در نتیجه قانون و یا تدبیری که براساس چنین قانونی اتخاذ شده است باید مناسب، ضروری و مقتضی باشد.

.....
قضیه: ادعای علی در صورتیکه آن قانون تبعیض آمیز باشد و تبعیض ناشی از آن نیز موجه نباشد، صحیح و درست است. او براین عقیده است که قانون مذکور تمایز غیر مجازی را میان موتورسیکلت

¹⁰⁹ M. Novak, *U.N. Covenants on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2nd ed. Kehl 2005, Art. 9 para 24.

سواران و بای سیکل ران ها ایجاد کرده است. برای اینکه تعیین کنیم این تمایز موجب ایجاد تبعیض شده است، باید این دو گروه از مردم را با یکدیگر مقایسه کنیم. موتورسیکلت سواران و بای سیکل رانها در صورتی که ما بتوانیم هر دوی آنها را تحت عنوان و اصطلاح عام در نظر بگیریم، با هم قابل مقایسه می باشند. اصطلاح عام برای موتورسیکلت سواران و بای سیکل ران ها این است که هر دو استفاده کنندگان از جاده و سرک می باشند. این گروه از استفاده کنندگان از جاده در صورتی که به موجب قانون جدید مشمول رفتار و برخورد متفاوت قرار گرفته باشند، مورد تبعیض واقع شده اند. موتورسیکلت سواران ملزم به پوشیدن کلاه ایمنی شده اند در حالی که بای سیکل ران ها با توجه به ساحه قابل تطبیق قانون، مشمول آن قرار نگرفته و بنابراین از پوشیدن اجباری کلاه ایمنی مستثنی گردیده اند. بنابراین، با دو گروه قابل مقایسه به نحو متفاوتی رفتار شده است. تمایز ایجاد شده توسط قانون میان موتورسیکلت سواران و بای سیکل ران ها، به دلیل آن که به حق علی مبنی بر رفتار مساوی توسط قانون تعدی شده است، باید غیر موجه باشد.

قانون در صورتی غیر موجه است که مبتنی بر معیارهای عقلایی و متعارف و واقعی نبوده و به علاوه، نظر به هدف و مقصود مورد تعقیب قانون، تصویب آن ضروری و مقتضی نبوده باشد. دلیل ایجاد تمایز میان موتورسیکلت سواران و بای سیکل ران ها خطر بسیار بالای صدمات مرگباری است که موتورسیکلت ران در سرک های شلوغ شهر در معرض آن قرار دارند. هدفی که قانون در تعقیب آن می باشد حمایت از صحت موتورسیکلت سواران است که یک هدف مشروع برای این اقدام دولت تلقی می شود. به علاوه، پوشیدن اجباری کلاه ایمنی خطر ایراد صدمات جدی و شدید به سر را نیز کاهش می دهد و این الزام برای حصول به هدف حمایت از صحت و زندگی دیگران به پوشیدن کلاه ایمنی مناسب است. نظر به اینکه درباره هیچ تدبیر جایگزین دیگری که به اندازه الزام به پوشیدن کلاه ایمنی دارای تأثیر برابر باشد، نمی توان فکر کرد، بلکه هر اقدام دیگر دارای تأثیر کمتری خواهد بود، پس تدبیر انتخابی مقنن ضروری نیز می باشد. حتی با فرض مسئولیت دولت مبنی بر حمایت از صحت و زندگی اتباع آن و عدم احساس راحتی ناشی از پوشیدن کلاه ایمنی، تدبیر اتخاذ شده توسط مقنن مقتضی و متناسب نیز می باشد.

بنابراین، پوشیدن اجباری کلاه ایمنی بنا به حکم قانون، موجه بوده، حق علی مبنی بر رفتار و برخورد مساوی توسط قانون را نقض نمی کند.

گفتار چهارم: حق حیات

قضیه اول: یک محکوم علیه اقدام به اعتصاب غذا می کند. موظفین محبس می دانند که او بسیار در حال ضعیف شدن است و از این موضوع اطلاع دارند که در صورت استمرار اعتصاب غذا، او خواهد مرد. موظفین محبس به محکوم علیه غذا تقدیم می کنند و از او می خواهند که اعتصاب غذا را متوقف نماید و به او هشدار می دهند که خطر مرگ او افزایش یافته است. محکوم علیه به اظهارات موظفین توجه نمی کند و از خوردن غذا خودداری می نماید. نظر به این که تصمیم آزادانه محکوم علیه بر غذا نخوردن است، موظفین محبس هیچگونه اقدام و تدبیر خاصی را انجام نمی دهند. چندروز بعد محکوم علیه در نتیجه گرسنگی فوت می کند. آیا رفتار موظفین محبس مطابق قانون است؟

قضیه دوم: بشیر، محصلین یک صنف را به گروگان می گیرد و تهدید می کند که در صورت عدم آزادی شریک و همکاران او، همه اطفال محصل را خواهد کشت. تهدید بشیر جدی است، زیرا او برای پولیس شخصی شناخته شده است. در مقابل، او تهدید می کند که اگر شرایط او ظرف یک ساعت آینده تأمین نگردد، او تمام تعمیر مکتب را منفجر خواهد کرد. وقتی بشیر به پنجره مکتب روی آورده بود، یک تک تیر انداز به او فیر می کند و وی را می کشد. تک تیر انداز مذکور به وسیله پولیس موظف فاقد مسئولیت تلقی شد. آیا حق زندگی (حیات) بشیر مورد تعدی و نقض قرار گرفته است؟

الف) احکام ذیربط

ماده ۲۳ قانون اساسی افغانستان

زندگی موهبت الهی و حق طبیعی انسان است. هیچ شخص بدون مجوز قانونی از این حق محروم نمی گردد.

ماده ۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر

هر کس حق زندگی، آزادی و امنیت شخصی دارد.

ماده ۶ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

۱. حق زندگی از حقوق ذاتی شخص انسان است. این حق باید به موجب قانون حمایت بشود. هیچ فردی را نمی توان خود سرانه (بدون مجوز) از زندگی محروم کرد.
۲. در کشورهایی که مجازات اعدام لغو نشده صدور این حکم جایز نیست مگر در مورد مهمترین جانیات طبق قانون لازم الاجرا در زمان ارتکاب جنایت که آن هم نباید با مقررات این میثاق و کنوانسیونها راجع به جلوگیری و مجازات جرم کشتار دسته جمعی (ژنوسید) منافات داشته باشد. اجرای این مجازات جایز نیست مگر به موجب حکم قطعی صادره از دادگاه صالح.
۳. در مواقعی که سلب حیات تشکیل دهنده جرم کشتار دسته جمعی باشد چنین معهود است که هیچ یک از مقررات این ماده دولت های طرف میثاق را مجاز نمی دارد که به هیچ نحو

از هیچ یک از الزاماتی که به موجب مقررات کنوانسیون جلوگیری و مجازات جرم کشتار دسته جمعی (ژنوسید) تقبل شده انحراف ورزند.

۴. هر محکوم به اعدامی حق خواهد داشت که در خواست عفو یا تخفیف مجازات بنماید.

عفو عمومی و یا فردی یا تخفیف مجازات اعدام در تمام موارد ممکن است اعطا بشود.

۵. حکم اعدام در مورد جرایم ارتكابی اشخاص کمتر از هیجده سال صادر نمی شود و در مورد زنان باردار قابل اجرا نیست.

۶. هیچ یک از مقررات این ماده برای تاخیر یا منع الغاء مجازات اعدام از طرف هر یک از دولت های طرف این میثاق قابل استناد نیست.

ب) تبصره پیرامون حق زندگی

۱. اهمیت حق زندگی

حق زندگی، اساسی ترین حق در میان حقوق دیگر است. مطابق تفسیر و اظهار نظر نمبر ۶ کمیته حقوق بشر

«حق زندگی عالی ترین حقی است که هیچ گونه تقلیل آن حتی در حالت اضطرار

عمومی تهدید کننده زندگی مردم مجاز نیست» (ماده ۴).^{۱۱۰}

قانون اساسی افغانستان هم بر مبانی مذهبی و هم بر مبنای حقوق طبیعی حق زندگی به ترتیب مذکور در ماده ۲۳ تأکید می کند که مطابق آن «زندگی موهبت الهی و حق طبیعی انسان است». در ماده ۶ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی اهمیت حق زندگی با صفت «ذاتی» و بدون اشاره به ریشه شرعی و قدسی این حق مورد تأکید قرار گرفت. میثاق مذکور به عنوان یک معاهده بین المللی به نوعی شکل گرفته است که هم به دولت های سکولار و هم به دولت های مذهبی امکان تأیید آن را می دهد. بدون تضمین مؤثر حق زندگی، سایر حقوق بشری، بی معنا خواهند شد. بنابراین ساحه حمایت از حق زندگی، باید به نحو موسع تفسیر گردد. زندگی به حیث موجودیت بیولوژیک و فیزیکی است. مطابق نظر غالب، تصمیم به ارتكاب خودکشی مورد حمایت قرار نگرفته است.

حمایت از حق زندگی به دولت تأکید می کند که اقدامات مثبتی را جهت تأمین مؤثر حق زندگی اتخاذ کند. ماده (۱) ۶ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی از دولت ها درخواست می کند که از حق زندگی از طریق قانون حمایت کنند. به علاوه کمیته حقوق بشر اظهار می کند که

^{۱۱۰} تفسیر و اظهار نظر کلی کمیته حقوق بشر، نمبر ۶، پیرامون حق زندگی، ۱۹۸۲/۴/۳۰.

«مطلوب این است که کشورهای عضو، کلیه اقدامات ممکن را جهت تقلیل مرگ نوزادان و افزایش انتظار زندگی اتخاذ کنند؛ مخصوصاً اقدامات و تدابیری برای رفع سوء تغذیه و بیماری‌های واگیردار و مسری اتخاذ نمایند.»

۲. ممنوعیت محروم کردن خودسرانه از حق زندگی

دولت‌ها متعهد به اتخاذ هر تدبیری جهت جلوگیری و مجازات سلب و محروم کردن خودسرانه زندگی از طریق وضع قوانین جزایی می‌باشند، به نحوی که محروم کردن از زندگی توسط مقامات و مراجع دولتی یک موضوع با اهمیت و شدت بسیار تلقی می‌شود. ممنوعیت محروم کردن خودسرانه از حق زندگی، شامل فوت شخص توقیف شده در نتیجه شکنجه، مسامحه و غفلت، (سوء) استفاده از زور یا شرایط تهدید آمیز برای زندگی در محل سلب آزادی یا توقیف است؛ مانند کشتن و ارتکاب قتل توسط مؤظفین دولت یا اشخاصی که مستقیم یا غیرمستقیم با دولت همدست و متفق می‌باشند. همچنین ممنوعیت محروم کردن از حق زندگی شامل موردی می‌شود که زور و قدرت به کار گرفته شده مطلقاً ضروری و متناسب با شرایط و اوضاع و احوال نبوده و نیز شامل اخراج یا بازگرداندن غیرقانونی از کشور، زمانی که زندگی اخراج شونده‌ها در معرض خطر است، می‌باشد. سرانجام، قصور دولت در تحقیق پیرامون نقض حق زندگی و تحویل مسئولان آن به پیشگاه عدالت، نقض کننده حق زندگی مجنی علیه است.

به علاوه، دولت‌ها وظیفه جلوگیری از جنگ‌ها، اقدام به نسل کشی و سایر اقدامات مربوط به خشونت‌های جمعی که منجر به سلب خودسرانه زندگی می‌شوند، را دارند. این وظیفه توسط سازمان کنفرانس اسلامی نیز در اعلامیه قاهره پیرامون حقوق بشر در اسلام مورد تأکید قرار گرفت که مطابق ماده ۲ آن

«(أ) زندگی موهبتی است و حقی است که برای هر انسانی تضمین شده است و بر همه افراد و جوامع و حکومت‌ها واجب است که از این حقوق حمایت نموده و در مقابل هر تجاوز علیه آن ایستاده‌گی کنند و جایز نیست کشتن هیچ کس بدون مجوز شرعی. (ب) استفاده از وسیله‌ای که منجر به از بین بردن سرچشمه بشریت به طور کلی یا جزیی گردد، ممنوع است. (ج) پاسداری از ادامه زندگی بشریت تا هر جایی که خداوند مشیت نماید، وظیفه شرعی می‌باشد.»^{۱۱۱}

^{۱۱۱} در همین راستا، شورای اسلامی در ماده (أ) اعلامیه جهانی اسلامی حقوق بشر اعلان نموده است که «زندگی انسان مقدس و غیرقابل تعدی و نقض است و هر گونه تلاش برای حفظ و حمایت از آن باید صورت گیرد. به خصوص هیچکس نباید مجاز به اعمال صدمه یا تحمیل مرگ بر دیگری، مگر به موجب قانون باشد.»

۳. محدودیت حق حیات

محرومیت از حق حیات به شرایط و اوضاع و احوال محدود کننده‌ای که توسط قانون تعیین شده است، محدود می‌گردد. مجازات اعدام یکی از استثنائات پذیرفته شده در نظم حقوقی افغانستان در این رابطه است. اگرچه ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان صراحتاً قانونی بودن مجازات مرگ را مورد تصریح قرار نداده است، لیکن ماده مذکور حاکی از آن است که استثنائات برحکم آن ماده مطابق به احکام قانون مجاز است. ماده (۲) ۱۲۹ قانون اساسی افغانستان که مقرر می‌کند «تمام فیصله‌های قطعی محاکم واجب التعمیل است مگر در حالت حکم به مرگ شخص که مشروط به منظوری رییس جمهور می‌باشد»، حاکی از قانونی بودن مجازات اعدام در قانون اساسی افغانستان است. قانون جزای افغانستان معین می‌کند که جزای اعدام مجازاتی اصلی است که مشتمل بر تیرباران کردن محکوم علیه تا وقت مرگ می‌باشد (مواد ۹۷ و ۹۸).

مطابق معیار بین‌المللی مقرر در ماده (۲) ۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی اعمال مجازات مرگ محدود به جرایم بسیار شدید که توسط قانون تعیین شده اند، می‌باشد و صرف باید در نتیجه فیصله نهایی صادر شده توسط محکمه صالحه تطبیق گردد. مطابق ماده (۵) ۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

«فیصله اعدام در مورد جرایم ارتكابی اشخاص کمتر از هیجده سال صادر نمی‌شود و در مورد زنان حامله قابل تطبیق نیست».

ماده (۳) (۱) ۳۹ از قانون رسیدگی به تخلفات اطفال با این معیار و میزان حقوق بشری بین‌المللی انطباق دارد که وفق آن «طفل به جزای حبس دوام یا اعدام محکوم شده نمی‌تواند». بنابراین، تطبیق جزای اعدام ممکن است در صورتی که تحمیل آن محدود به شرایط فوق‌الذکر و رعایت موازین محاکمه منصفانه بوده و دقیقاً با رعایت اجراءات قانونی جزایی باشد، موجه تلقی گردد.^{۱۱۲} صرف تحت این شرایط تحدید شده است که تحمیل مجازات مرگ حق حیات تضمین شده در ماده ۲۳ قانون اساسی افغانستان و ماده ۳ اعلامیه جهانی اسلامی حقوق بشر و بند ۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نقض نمی‌کند.

^{۱۱۲} برای مطالعه تفصیلی بنگرید «تبصره پیرامون مجازات اعدام»، رهنمود ماکس پلانک پیرامون موازین محاکمه عادلانه، چاپ سوم، قسمت اول، فصل چهارم، ا.۳. ب.

.....
قضیه اول: چنانچه موظفین پولیس برای حصول اطمینان از برقراری حق حیات محکوم، خود را ملزم به اتخاذ تدابیر مثبت ندانند در این صورت مرتکب عملی غیر قانونی شده اند.

حفظ حق حیات نه تنها دولت را مجاب می کند از تحریم اختیاری این حق دیگران دست بردارد، بلکه از دولت می خواهد تا تدابیر مثبت برای حفظ این حق اساسی اتخاذ نماید. بر این اساس، سلامت، کمال جسمی و روحی و حیات افراد بازداشت شده و محبوس کاملاً به دولت و عوامل آن وابسته است. موظفین حبس مسئول و پاسخگوی صحت و سلامت جسمی و روحی توقیف شده گان و محبوسان تحت مأموریت خود هستند. (البته حق خود کشی در ساحه حفاظت از حق حیات جای نمی گیرد.) از این خاطر تغذیه اجباری افراد تحت بازداشت یکی از مناسب ترین ابزارها برای دفع این قبیل حوادث در محبس خواهد بود. از آنجایی که هیچ تدبیر نافذ تر دیگری برای نجات جان فرد تحت بازداشت وجود ندارد، لذا تغذیه اجباری بهترین حربه برای نیل به این هدف خواهد بود. زمانی که حق حیات محکوم تحت بازداشت را در برابر محدودیت های صحت و سلامتی جسمی او قرار می دهیم، این قبیل تغذیه اجباری نقش خود را برای ایفای نقش حفظ حق حیات بهتر ایفاء کرده و اهمیت بیشتر می یابد. بنابراین، تغذیه اجباری متناسب ترین ابزار حفظ حق حیات شخص محکوم و مجرم خواهد بود و کوتاهی موظفین محبس در انجام این نقش خود، نقض قوانین مربوط به ضرورت حفظ حق حیات خواهد بود.

قضیه دوم: چنانچه کسی بصورت ارادی بشیر را از حق حیات خود محروم کرده باشد در اینجا است که حق حیات نقض شده است.

همچنین در صورتی که نتوانیم هیچ توجیه و مناسبتی برای قتل او پیدا کنیم، بگونه ای دیگر این قانون صدق می کند و نیز کشتن او مناسبتی هم نخواهد داشت چنانچه نتوانیم هدف قانونی و یا ضرورت انجام این کار را پیدا کنیم. تک تیرانداز صرفاً برای اینکه جان کودک را نجات داده باشد بشیر را با شلیک یک گلوله می کشد. پرسش اینجاست که آیا چاره دیگری برای حفظ جان کودک وجود نداشت که جان دیگری را نیز نگرفته باشیم. آن تیرانداز می توانست حداقل کاری کند تا او زخمی شود به نحوی که حداقل می توانستیم بجای یک بشیر مرده، یک بشیر معلول و زخمی داشته باشیم. اما ممکن هم بود بشیر به رغم زخمی شدن، کاری کند تا هم طفل و هم خودش را از بین ببرد. مأمور موظف تک تیر انداز در ارتباط به ارزیابی آثار و نتایج اقدامات مختلف خود، خبره تر و ماهر تر است. او صرف مکلف به آن است که وسیله و تدبیری را اتخاذ کند که کمترین ضرر را وارد کرده و قطعاً به نتیجه مشابه منجر می گردد. البته قاطعانه نیز نمی توان نتیجه گیری کرد. بعلاوه اینکه قربانی کردن زندگی شخص گروگان گیر برای حفظ جان گروگان نیز اقدام وراقانونی نیست. چرا که در این مرحله استفاده از زور هم لازم و هم مناسب است. (در این مرحله دولت مجبور نیست با گروگانگیر مذاکره کند.) و تنها تحت این شرایط مرگ بشیر توجیه پذیر بوده و نقض حق حیات او نیز بشمار نمی رود.

گفتار پنجم: حق برخورداری از تمامیت جسمانی / منع شکنجه

قضیه: پولیس یک نفر بنام محمد را در خیابان متوقف نمود و او را به ایستگاه پولیس برد. جایی که هشت مأمور مؤظف پولیس شروع به لت و کوب او کردند. موقعی که مجبور شده بود به روی زانوهایش بیفتد یک مؤظف پولیس با گرفتن موهایش او را عقب کشید و پولیس دیگر نیز با یک باتوم بزرگ و کلفت بارها بر سر او می زد. نفر سوم نیز از ناحیه پشت او را به مشت و لگد گرفت. استنطاق این مظنون به مدت سه ساعت بدون وقفه ادامه یافت. روز بعد نیز دو باره تحت استنطاق همراه با لت و کوب قرار گرفت. این مظنون را به اداره ای دیگر بردند و تهدید کردند در صورت حرف نزدن با جسم داغ او را خواهند سوزاند. با پرهیز مظنون از صحبت کردن، پولیس ها دو لامپ جابیی را که به دو مخزن گاز مرتبط بود روشن کردند و او را وادار به نشستن کردند. آنها این دو لامپ جابیی گرما بخش را در فاصله یک متری صورت برهنه محمد قرار دادند؛ اما از استنطاق خود نیز دست کشیدند، در عوض به او یورش آورده و از او خواستند لباس های خود را از تن بدر کند. همین روش را برای روزهای دیگر نیز ادامه دادند. آیا این نوع طرز برخورد نقض حق برخورداری از تمامیت جسمی نیست؟

حالا نظر شما چیست اگر متوجه شوید که پولیس این مرد مظنون به ربودن یک دختر جوان را به همین روش ساعت ها در باره محل اختطاف گروگان مورد استنطاق قرار دهد؛ از آن جهت که پولیس از این موضوع در هراس است که در صورت پیدا نکردن سرِ پسر آن دختر، ممکن است او بمیرد؟

الف) احکام ذیربط

ماده ۲۹ قانون اساسی افغانستان

تعذیب انسان ممنوع است.

هیچ شخص نمی تواند حتی به مقصد کشف حقایق از شخص دیگر، اگرچه تحت تعقیب، گرفتاری یا توقیف و یا محکوم به جزا باشد، به تعذیب او اقدام کند یا امر بدهد. تعیین جزایی که مخالف کرامت انسانی باشد، ممنوع است.

ماده ۳۰ قانون اساسی افغانستان

اظهار، اقرار و شهادتی که از متهم یا شخص دیگری به وسیله اکراه به دست آورده شود، اعتبار ندارد.

اقرار به جرم عبارت است از اعتراف متهم با رضایت کامل و در حالت صحت عقل، در حضور محکمه با صلاحیت.

ماده ۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر

احدی را نمی توان تحت شکنجه یا مجازات یا رفتاری قرار داد که ظالمانه و یا برخلاف انسانیت و شئون بشری یا موهن باشد.

ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

هیچ کس را نمی‌توان مورد آزار و شکنجه یا مجازات‌ها و رفتارهای ظالمانه یا خلاف انسانی یا ترذیلی قرار داد. مخصوصاً قرار دادن یک شخص تحت آزمایش‌های پزشکی یا علمی بدون رضایت آزادانه او ممنوع است.

ب) تبصره پیرامون حق برخورداری از تمامیت جسمی

۱. اهمیت حق برخورداری از تمامیت جسمی

هر کسی حق دارد از شکنجه و رفتارها و مجازات‌های غیرانسانی و موهن مصون باشد. ممنوعیت شکنجه ضامن حفظ حق برخورداری از تمامیت جسمی است. این حق بدون قید و شرط پذیرفته شده و از حقوق غیر قابل سلب بشمار می‌آید. لذا ممنوعیت شکنجه بدون هیچ محدودیتی تضمین شده است. شکنجه تجاوز آشکار به کرامت انسانی است و نباید آن را توجیه کرد. در ماده ۲۹ قانون اساسی افغانستان نیز بدون هیچ ابهامی تحریم بی قید و شرط شکنجه تصریح شده است و ممنوعیت توسل به شکنجه در طول همه مراحل اجراات جزایی مورد تأکید قرار گرفته است. حتی بر اساس ماده ۳۰ این قانون، مدارک حاصله از طریق الزام و اجبار نیز برای ارائه به محکمه هیچ اعتباری نخواهد داشت (ماده ۳۰ قانون اساسی افغانستان).

۲. شکنجه

بر اساس تعریف ماده نخست کنوانسیون بین‌المللی منع شکنجه و دیگر رفتارها و مجازات‌های بی‌رحمانه، غیرانسانی و موهن شکنجه را این گونه تعریف می‌کند:

«شکنجه عملی ارادی بشمار آمده است که ایجاد با ایجاد درد و رنجش اعم از جسمی روحی همراه بوده و معمولاً به منظور کسب اطلاعات و اخبار از فردی یا شخص ثالث دیگری بصورت ارادی انجام می‌شود و یا اینکه عمل اقرار گیری و تبیه فردی است که او و یا شخص ثالث دیگری مظنون به ارتکاب عملی هستند و همچنین وادار کردن و اجبار ارادای فرد و یا شخص ثالث به روش‌های تبعیض آمیز است که در او درد و رنجش ایجاد کرده و معمولاً به فرمان و یا تحریک و یا با رضایت و یا آگاهی یک مقام رسمی و یا دیگر افراد مسئول در پست‌های رسمی، تحقق می‌یابد. البته این قبیل اعمال از مجموعه قوانین دارای ضمانت اجرایی که فی نفسه و یا بصورت تصادفی موجب درد و رنج می‌شوند را در بر نمی‌گیرد.»

یعنی اینکه شکنجه:

- عمل یک مؤلف خدمات عامه است که
- به طور ارادی

- موجب ورود صدمه و درد جسمی و یا روحی شده،
- تا از این طریق بتواند به هدف خاصی برسد.

به عنوان نمونه های اعمال شکنجه آمیز مأموران اجرای قانون می توان از حبس انفرادی طولانی مدت، اعمال فشارهای جسمی در حین استنطاق، اعمالی چون کلاه کشی بر سر و صورت، نواختن طولانی مدت موسیقی دم گوش فرد، ایجاد ارتعاش و لرزش بدنی در فرد، محروم کردن از خواب یا غذا، لت و کوب با پلان قبلی، شوک های الکتریکی، سوزاندن اعضای بدن، تهدید به قتل و غیره و همچنین انجام آزمایشات طبی بر روی شخص نام برد.

۳. رفتارهای بی رحمانه، غیر انسانی و موهن

چنانچه نتوان به دلیل عدم تحقق عناصر اساسی عملی را مشمول این تعریف قرار داد، در این صورت حسب هدف و شدت یک اقدام، می توان آن را بی رحمانه، غیر انسانی یا موهن تلقی نمود. رفتار موهن ملایم ترین شکل یک عمل خشونت آمیز است که در این حالت تحقیر فرد قربانی از اهمیت بیشتری نسبت به تحمیل اذیت و آزار او برخوردار است. عمل بیرحمانه و غیر انسانی شامل اعمالی می گردد که با تحمیل درد و رنج به شخص هنوز به مرحله شدید شکنجه نرسیده باشد. نگهداری شخص در شرایط بسیار نامطلوب بازداشت، حتی اگر با هیچ منظوری برای اذیت و آزار فرد هم همراه نباشد، جزو رفتار بی رحمانه و غیر انسانی به حساب می آید. بنا بر این، ماده ۱۱ کنوانسیون بین المللی منع شکنجه و دیگر رفتارها و مجازات های بی رحمانه، غیر انسانی و موهن الزاماً می خواهد که

«هر یک از احزاب دولتی به منظور جلوگیری از هر گونه شکنجه علیه شهروندان جامعه، یک بررسی نظاممند نسبت به مقررات بازجویی، دستورالعمل ها، روش ها و همچنین شیوه های بازداشت و اعمال رفتار نسبت به افراد تحت بازداشت، حبس و زندانی داخل حدود و ثغور کشور تحت حاکمیت دولت حاکم انجام دهند.»

حق برخورداری از تمامیت جسمی همچنین محافظت از افراد در مقابل آزمایشات طبی و علمی بدون رضایت آزادانه آنها و نیز تنبیهات هماهنگ اطفال در مکاتب یا اخراج و یا بازگرداندن اجباری فرد به کشوری که او در آن کشور با خطرات واقعی همچون شکنجه و یا رفتارهای بی رحمانه و غیر انسانی و یا رفتارها و مجازات های توهین آمیز قرار گیرد را شامل می شود.

۴. تفسیرهای متعارض

بر اساس ماده دوم اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام (اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام) در امان بودن از صدمات بدنی از حقوق تضمین شده است و این وظیفه دولت

است از این حق حفاظت می‌کند؛ همچنین نقض آن بدون هیچ دلیل شرعی ممنوع اعلام شده است. شکنجه یک گناه محسوب شده است اما در اینجا ممکن است میان قانون اساسی افغانستان و اصول شرعیه یک نوع تعارض بوجود آید. از یک طرف ماده ۲۹ (۳) قانون اساسی افغانستان مجازاتهای مغایر کرامت انسانی را را منع می‌کند. علاوه این، کشور افغانستان خود عضوی از میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و همچنین کنوانسیون بین‌المللی منع شکنجه و دیگر رفتارها و مجزات‌های بی‌رحمانه، غیرانسانی و موهن نیز هست و بر اساس ماده ۷ قانون اساسی افغانستان ملزم به رعایت مفاد قوانین بین‌المللی نیز می‌باشد و از طرف دیگر، ماده اول از مجموعه قوانین جزایی این کشور نیز استناد به قوانین شرعیه در زمینه جرایم حدود و قصاص را نیز مجاز می‌شمرد. مجازات‌هایی مانند رجم و سنگسار تا حد مرگ هیچ گونه انطباق و سازشی با منع شکنجه در سطح بین‌المللی ندارند. ماده ۲۹ قانون اساسی افغانستان (و همچنین اصول قانونی بودن مذکور در ماده ۲۷ این قانون) اشعار می‌دارد که این عمل (سنگسار) نیز خود نقض قانون اساسی افغانستان محسوب می‌شود. اما این مهم بر عهده قوه قضاییه افغانستان است تا راه حلی برای این قبیل تفاسیر متعارض از قوانین موضوعه پیدا کند.

.....
(الف) اگر یک مؤلف پولیس به عنوان یک مقام رسمی عمومی بطور ارادی بخواهد برای رسیدن به اهداف خاصی به وارد آوردن صدمات بدنی به فرد تحت کنترل خود مبادرت ورزد، در این صورت این عمل شکنجه محسوب می‌شود. بدون شک اقدامات مؤلفین پولیس، اقداماتی است که از سوی یک مقام رسمی عمومی که بصورت هدفمند و ارادی برای کسب اطلاعات بخصوصی از طریق تحمیل صدمات و لطمات بدنی به افراد صورت می‌گیرد. موضوع این است که آیا این اقدامات موجب وارد کردن درد و رنج بدنی و روانی می‌شوند یا نه. بنابراین، لت و کوب شدن، مورد ضرب و شتم قرار گرفتن بصورت متوالی و در طول چند روز توسط چند نفر، تهدید به سوزاندن به وسیله چراغ گازی روشن، بزور وادار به برهنه شدن و مورد تعدی واقع شدن، کشاندن بدن بر روی زمین از طریق کشیدن موی سر که صدمات بدنی و روحی زیادی را نیز به همراه دارد همگی مصداق اعمال شکنجه هستند. لذا عمل پولیس بر روی محمد را اگر جزو رفتارهای بی‌رحمانه، غیرانسانی و موهن تلقی کنیم در اینصورت می‌توان ادعا کرد آنچه که در اینجا نقض شده است حق برخورداری از تمامیت جسمانی و روحی محمد است.

(ب) امروزه دولت‌ها و صاحب نظران و محققان در پرتو تهدیدات حملات تروریستی به بحث راجع به این موضوع می‌پردازند که آیا نظر به اقدامات تروریست‌ها ممنوعیت شکنجه می‌تواند با توجه به ضرورت انجام وظایف حمایتی دولت و حفظ جان قربانیان این حملات ملغی گردد. به هر حال، طرح کردن این بحث بسیار خطرناک خواهد بود. شکنجه بدون در نظر گرفتن هیچ قید و شرطی ممنوع اعلام شده و ویژگی قطعی این حق نباید حتی در شرایط بروز تهدیدات جدید نیز نقض شود. همین که این حق به دولت داده شود که در شرایط خاص بتواند شکنجه کند خطر خط سوء استفاده از آن که بسیار هم قطعی است، را باید بپذیریم. هرگز نباید این جعبه پاندورا (جعبه ممنوعه) را باز کرد. زیرا شکنجه در حدود بسیار زیادی کرامت انسانی قربانی را خدشه دار کرده و نقض کرامت انسانی نیز تحت هر شرایط قابل تصویری به هیچ وجه توجیه‌پذیر نیست.

گفتار ششم: حق آزادی

قضیه: نیل و عالم در تظاهراتی که برای اعتراض به قانون پیشنهادی جدید «ولسی جرگه» برپا شده بود شرکت کردند. این تجمع صلح آمیز بود. اما پولیس این تجمع را برهم زد و برخی از شرکت کنندگان آن را که نیل و عالم نیز جزو آنها بودند دستگیر کرد. هر دوی آنها چند روزی است که در توقیف بسر می برند. آنها تنها زمانی آزاد خواهند شد که «مشرانو جرگه» آن قانون را تصویب و به تأیید رئیس جمهور برسانند. نیل و عالم ادعا می کنند که حق آزادی و حق آزادی در برگزاری تجمعات آنها نقض شده است (مورد آخر در بخش «آزادی برگزاری تجمعات» مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت).

الف) احکام ذیربط

ماده ۲۹ قانون اساسی افغانستان

آزادی حق طبیعی انسان است. این حق جز آزادی دیگران و مصالح عامه که توسط قانون تنظیم می گردد، حدودی ندارد. آزادی و کرامت انسان از تعرض مصون است. دولت به احترام و حمایت آزادی و کرامت انسان مکلف می باشد.

ماده ۳۲ قانون اساسی افغانستان

مدیون بودن شخص موجب سلب یا محدود شدن آزادی وی نمی شود. طرز و وسایل تحصیل دین توسط قانون تنظیم می گردد.

ماده ۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر

هرکس حق زندگی، آزادی و امنیت شخصی دارد.

ماده ۴ اعلامیه جهانی حقوق بشر

احدی را نمی توان در برده گی نگاه داشت و داد و ستد برده گان به هر شکلی که باشد ممنوع است.

ماده ۸ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

۱. هیچ کس را نمی توان در برده گی نگاه داشت. برده گی و خرید و فروش برده به هر نحوی از انحاء ممنوع است.
۲. هیچ کس را نمی توان در بنده گی نگاه داشت.
۳.
- أ. هیچ کس به انجام اعمال شاقه یا کار اجباری وادار نخواهد شد.

ب. شق ۳ بند ۳ را نمی‌توان چنین تفسیر کرد که در کشورهایی که بعضی از جنایات قابل مجازات با اعمال شاقه است مانع اجرای مجازات اعمال شاقه مورد حکم صادره از دادگاه صالح بشود.

ج. اعمال شاقه یا کار اجباری مذکور در این بند شامل امور زیر نیست:

- i. هرگونه کار یا خدمات ذکر نشده در شق ب که متعارفاً به کسی که به موجب یک تصمیم قضایی محبوس است یا به کسی که موضوع چنین تصمیمی بوده و در حال آزادی مشروط باشد تکلیف می‌گردد.
- ii. هرگونه خدمات عسکری و در کشورهایی که امتناع از خدمت وظیفه به سبب محظورات وجدانی به رسمیت شناخته شده است هرگونه خدمات ملی که به موجب قانون به امتناع کنندگان وجدانی تکلیف می‌شود.
- iii. هرگونه خدمتی که در موارد قوه قهریه (فرس ماژور) یا بلیاتی که حیات یا رفاه جامعه را تهدید می‌کند تکلیف بشود.
- iv. هر کار یا خدمتی که جزیی از الزامات مدنی (اجتماعی) متعارف باشد.

ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

۱. هر کس حق آزادی و امنیت شخصی دارد. هیچ کس را نمی‌توان خودسرانه (بدون مجوز) دستگیر یا بازداشت کرد. از هیچ کس نمی‌توان سلب آزادی کرد مگر به جهات و طبق آیین دادرسی مقرر به حکم قانون.
۲. هر کس دستگیر می‌شود باید در موقع دستگیر شدن از جهات (علل) آن مطلع شود و در اسرع وقت اختاریه‌ای دائر به هر گونه اتهامی که به او نسبت داده می‌شود دریافت دارد.
۳. هر کس به اتهام جرمی دستگیر یا بازداشت (زندانی) می‌شود باید او را در اسرع وقت در محضر قاضی یا هر مقام دیگری که به موجب قانون مجاز به اعمال اختیارات قضایی باشد حاضر نمود و باید در مدت معقولی محاکمه یا آزاد شود. توقیف اشخاصی که در انتظار محاکمه هستند نباید قانون کلی باشد، لیکن آزادی موقت ممکن است موکول باخذ تضمینهایی بشود که حضور متهم را در جلسه محاکمه و سایر مراحل رسیدگی قضایی و حسب مورد برای تطبیق فیصله تأمین نماید.
۴. هر کس که بر اثر دستگیر یا بازداشت شدن از آزادی محروم می‌شود حق دارد که به محکمه تظلم نماید به این منظور که محکمه بدون تاخیر راجع به قانونی بودن بازداشت اظهار رای بکند و در صورت غیر قانونی بودن بازداشت حکم آزادی او را صادر کند.
۵. هر کس که بطور غیرقانونی دستگیر یا بازداشت باشد حق جبران خسارت خواهد داشت.

ماده ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

۱. در باره کلیه افرادی که از آزادی خود محروم شده‌اند باید با انسانیت و احترام به حیثیت ذاتی شخص انسان رفتار کرد.

۲. ...

-
- ا. متهمین جز در موارد استثنایی از محکومین جدا نگهداری خواهند شد و تابع نظام جداگانه‌ای متناسب با وضع اشخاص غیر محکوم خواهند بود.
- ب. صغار متهم باید از کلان‌سالان جدا بوده و باید در سریع‌ترین زمان ممکن در مورد آنان اتخاذ تصمیم بشود.
۳. نظام محابس متضمن رفتاری با محکومین خواهد بود که هدف اساسی آن اصلاح و اعاده حیثیت اجتماعی محبوسان باشد.

ماده ۱۱ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

هیچ کس را نمی‌توان تنها به این علت که قادر به اجرای یک تعهد قراردادی خود نیست محبوس کرد.

ب) تبصره پیرامون حق آزادی

هر کسی از حق آزادی برخوردار است. این حق یکی از دیرینه‌ترین حقوق بشری است. ماده ۲۴ (۱) قانون اساسی افغانستان اعلام می‌کند که «آزادی حق طبیعی انسان است». حق آزادی فردی در مقایسه با حق حیات و ممنوعیت برده‌داری و ممنوعیت شکنجه یک حق مطلق نیست. اگر چه ماده ۲۴ قانون اساسی افغانستان تأیید می‌کند که «آزادی و کرامت انسان از تعرض مصون است» اما ممکن است حق آزادی محدود شود؛ مخصوصاً وقتی که حقوق و یا منافع دیگر را تحت الشعاع قرار دهد. منافع و مصالح عمومی که ممکن است توجیه‌کننده محرومیت از آزادی نیز به حساب آید در اینجا به شکل محبوس کردن فرد محکوم ظاهر می‌شود.

حق آزادی را باید به صورت محدود و مضیق تعبیر و تفسیر کرد. درحالی که همگان بر تحقق آزادی بشری اصرار می‌ورزند و ابعاد متفاوتی از آزادی را پیش می‌کشند اما آزادی فردی در محدودترین معنای آن به آزادی تحرک بدنی محدود می‌شود.^{۱۱۳} ساحه حمایت از حق آزادی تنها شامل بازداشت اجباری افراد در یک مکان خاص بسیار محدود همچون توقیف‌خانه‌ها، دارالمجانین و یا اردوگاه‌های کار را در بر می‌گیرد. حق آزادی موید تضمین فرآیندی است که محروم کردن خودسرانه و غیرقانونی آزادی فردی را ممنوع ساخته و به عنوان بخشی از حق برخورداری از محاکمه عادلانه محسوب می‌شود. موارد بازداشت‌های غیرقانونی و خودسرانه (جایی که هیچ مبنای قانونی برای محروم کردن فرد از آزادی وجود ندارد) زمانی اتفاق می‌افتد که فردی را پس از تکمیل مدت حبس و یا به رغم صدور حکم عفو همچنان در

^{۱۱۳} همه انواع دیگر محدودیت‌های تحرک بدنی در ساحه حفظ آزادی حرکت و جابجایی قرار می‌گیرد.

بازداشت نگه دارند و یا اینکه این افراد را با وجود برخورداری از تضمین‌های حقوق و آزادی‌های موجود در قانون اساسی و یا نهادهای بین‌المللی (نظیر حق برگزاری تجمع) و یا بازداشت پس از محاکمه که جملگی نافی معیارهای محاکمه عادلانه هستند، همچنان در بازداشت نگه دارند.^{۱۱۴} باید با فرد تحت توقیف طبق اصول انسانی و کرامت و شان انسانی رفتار کرد (ماده ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی)

این رویکرد در ماده ۲ (أ) اعلامیه جهانی اسلامی حقوق بشر (۱۹۸۱) نیز وجود دارد که حاکی است: «انسان آزاد آفریده شده است. هیچ کس حق ندارد به حق آزادی او تعدی مگر به نحو مجاز و یا بر اساس پروسه مکمل قانونی». ماده ۱۱ (أ) اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام: نیز مقرر می‌کند

«انسان آزاده متولد می‌شود و هیچ احدی حق به برده گی کشیدن یا خوار کردن یا مقهور کردن یا استثمار او را ندارد، مگر خدای تعالی».

.....
قضیه: حق آزادی نبیل و عالم در صورتی که آنها از حقوق فردی خود محروم شده و این محروم کردن خودسرانه و غیرقانونی انجام گیرد، نقض شده است. در معنای محدود و مضیق، آزادی شخصی ناظر به نگهداری در مکان بسیار محدود نیز می‌شود. به محض اینکه نبیل و عالم را در توقیف گاه پولیس بازداشت کردند حق آزادی آنها نیز محدود شد. این تحدید باید بر اساس اصول قانونی و نه خودسرانه (نامتناسب) باشد. از آنجایی که پولیس شک ندارد که نبیل و عالم مرتکب جرمی شده باشند، شرایط قانونی بازداشت آنها در مقررات ذی ربط از قانون پولیس معین شده است. لذا بازداشت فرد به منظور جلوگیری از برگزاری تجمع و یا ابراز عقیده از جمله اهداف مجاز موجود در ماده ۱۵ قانون پولیس نیست. به علاوه اینکه پولیس تنها حق دارد مظنون را به منظور استنطاق تا ۷۲ ساعت در توقیف نگه دارد. در نتیجه پولیس و پس از او حارنوالها فقط می‌توانند تا ۷۲ ساعت پس از دستگیری فرد ظنون از او استنطاق کرده و در صورتیکه حارنوال ضرورتی برای توقیف او تشخیص نداد مظنون را باید آزاد کند (ماده ۲۵ قانون پولیس). از این رو، به دلیل فقدان مبنای قانونی برای بازداشت نبیل و عالم محروم کردن آنها از حق آزادی، غیرقانونی و بنا بر این خودسرانه تلقی می‌شود. در این قضیه، حق آزادی نبیل و عالم با اقدام به دستگیری و بازداشت آنها نقض گردیده است.
.....

¹¹⁴ M. Novak, *U.N. Covenants on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2nd ed. Kehl 2005, Art. 9 para 3.

گفتار هفتم: حق برخورداری از محاکمه عادلانه

حق برخورداری از یک محاکمه عادلانه و منصفانه برای اجرای عدالت دارای اهمیت فراوان است. این اصول طراحی شده برای حمایت از یک مظنون و یا متهم قبل از مرحله محاکمه، حین محاکمه و پس از آن به تفصیل در رهنمود ماکس پلانک برای موازین محاکمه عادلانه آمده است که در یک دوره آموزشی جداگانه بدان خواهیم پرداخت.^{۱۱۵}

^{۱۱۵} گوور، الکساندر، رامین مشتاقی و ماندانا راسخ افشار، رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای موازین محاکمه عادلانه، نشر سوم، ۱۳۸۵. متن انگلیسی و دري آن تحت آدرس زیر قابل دسترسی است:

http://www.mpil.de/ww/en/pub/research/details/know_transfer/afghanistan_project/training.cfm.

گفتار هشتم: حق تحرک و جابجایی (گشت و گذار)

قضیه: رشیده می‌خواهد با برادر خود در ایران ملاقات کند اما پاسپورت ندارد. پولیس زمانی که چند ماه قبل او را دستگیر کرده بود پاسپورت او را نیز توقیف کرده و هرگز به او باز نگرداند. از این رو بدون پاسپورت هم او قادر به رفتن به این سفر نخواهد بود. پولیس هم از بازگرداندن پاسپورت او خودداری می‌کند. حال بنگرید چه حقی تحدید شده است؟ و آیا این محدودیت توجیهی هم دارد؟

الف) احکام زیربط

ماده ۳۹ قانون اساسی افغانستان

هر افغان حق دارد به هر نقطه کشور سفر نماید و مسکن اختیار کند، مگر در مناطقی که قانون ممنوع قرار داده است.

هر افغان حق دارد مطابق به احکام قانون به خارج افغانستان سفر نماید و به آن عودت کند. دولت از حقوق اتباع افغانستان در خارج از کشور حمایت می‌نماید.

ماده ۲۸ قانون اساسی افغانستان

هیچ یک از اتباع افغانستان به علت اتهام به جرم، به دولت خارجی سپرده نمی‌شود مگر بر اساس معامله بالمثل و پیمان‌های بین الدول که افغانستان به آن پیوسته باشد. هیچ افغان به سلب تابعیت و یا تبعید در داخل یا خارج افغانستان محکوم نمی‌شود.

ماده ۱۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر

۱. هر کس حق دارد در داخل هر کشوری آزادانه عبور و مرور کند و محل اقامت خود را انتخاب نماید.

۲. هر کس حق دارد هر کشوری و از جمله کشور خود را ترک کند یا به کشور خود بازگردد.

ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

۱. هر کس قانوناً در سرزمین دولتی مقیم باشد حق عبور و مرور آزادانه و انتخاب آزادانه مسکن خود را در آنجا خواهد داشت.

۲. هر کس آزاد است هر کشوری و از جمله کشور خود را ترک کند.

۳. حقوق مذکور فوق تابع هیچ گونه محدودیتی نخواهد بود مگر محدودیت‌هایی که به موجب قانون مقرر گردیده و برای حفظ امنیت ملی (نظم عمومی) سلامت یا اخلاق عمومی یا حقوق و آزادی‌های دیگران لازم بوده و با سایر حقوق شناخته شده در این میثاق سازگار باشد.

۴. هیچ کس را نمی‌توان خودسرانه (بدون مجوز) از حق ورود به کشور خود محروم کرد.

ماده ۱۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

بیگانه‌ای که قانوناً در قلمرو یک دولت طرف این میثاق باشد فقط در اجرای تصمیمی که مطابق قانون اتخاذ شده باشد ممکن است از آن کشور اخراج بشود و جز در مواردی که جهات حتمی امنیت ملی طور دیگر اقتضا نماید باید امکان داشته باشد که علیه اخراج خود موجهاً اعتراض کند و اعتراض او در نزد مقام صالح یا نزد شخص یا اشخاص منصوب بخصوص از طرف مقام صالح با حضور نماینده‌ای که به این منظور تعیین می‌کند رسیدگی شود.

ماده ۱۴ اعلامیه جهانی حقوق بشر

۱. هر کس حق دارد در برابر تعقیب، شکنجه و آزار، پناهگاهی جستجو کند و در کشورهای دیگر پناه اختیار کند.
۲. در موردی که تعقیب واقعاً مبتنی به جرم عمومی و غیرسیاسی یا رفتارهایی مخالف با اصول و مقاصد ملل متحد باشد، نمی‌توان از این حق استفاده نمود.

ب) تبصره پیرامون حق برخورداری از تحرک و جابجایی

ساحه حمایت از آزادی تحرک و جابجایی، حق گشت و گذار آزادانه و انتخاب مکان سکونت در داخل یک کشور و همچنین حق تردد از سرحدات کشور برای ورود و خروج از آن و نیز ممنوعیت اخراج خودسرانه اتباع را در بر می‌گیرد (ماده ۳۹ قانون اساسی افغانستان؛ ماده ۱۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی) به علاوه اینکه ماده ۲۸ قانون اساسی افغانستان نیز تصریح می‌کند که «هیچ افغان به سلب تابعیت و یا تبعید در داخل یا خارج افغانستان محکوم نمی‌شود».

آزادی تحرک و جابجایی تا حد زیادی با حق شهروندی و حق پناهندگی نیز ارتباط می‌یابد. اتباع یک کشور اغلب کاملاً حق دارند آزادانه در داخل حدود و ثغور میهن خود جابجا شده و نیز می‌توانند آزادانه محل سکونت خود را انتخاب کنند. هم قانون اساسی افغانستان و هم موازین بین‌المللی حقوق بشر حق شهروندان مبنی بر ترک کشور و ورود به آن را تضمین می‌کنند.

از سوی دیگر، ممکن است اتباع کشورهای خارجی در برخورداری از آزادی جابجایی و سکونت و نیز در برخورداری از حق تردد از مرزهای کشور دارای محدودیت‌هایی باشند. اما قوانین داخلی ناظر بر آزادی جابجایی اتباع خارجی نیز باید با در نظر گرفتن حقوق پناهجویی آنها مد نظر قرار بگیرد و قصور در ملاحظه کافی نسبت به درخواست پناهندگی و یا اخراج فرد به کشوری که ممکن است او در آن کشور در معرض خطرات شکنجه و رفتارها یا

مجازات‌های غیرانسانی و تحقیرآمیز قرار داشته باشند نیز نقض حقوق پناهندگی به شمار می‌آید. در حالی که قانون اساسی افغانستان هدف‌های (مجاز) قوانین محدودکننده را نیز چندان محدود نمی‌کند، اما ماده ۱۲ (۳) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی این الزام را تعیین کرده است که قانون محدودکننده باید برای حمایت از امنیت ملی (نظم عمومی)، صحت عامه، اصول اخلاقی و یا حقوق و آزادی‌های دیگران و همچنین هماهنگی با حقوق شناخته شده در میثاق فعلی باشد.

آزادی تحرک و جابجایی نیز به همین ترتیب طبق ماده ۱۲ اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام مورد حمایت قرار گرفته است که مطابق آن

«هر انسانی بر طبق شریعت حق انتقال و انتخاب مکان برای اقامت در داخل یا خارج کشورش را دارد و در صورت تحت ظلم قرار گرفتن می‌تواند به کشور دیگری پناهنده شود و بر آن کشور پناه دهنده واجب است که با او مدارا کند، تا اینکه پناهگاهی برایش فراهم شود. با این شرط که علت پناهندگی بخاطر ارتکاب جرم طبق نظر شرع نباشد.»

به علاوه ماده ۹ اعلامیه اسلامی حقوق بشر (۱۹۸۱) نیز حق پناهندگی را تحت درک و استنباط اسلامی به تفصیل بیان می‌کند و اعلام می‌کند که

۱. «هر فرد جفا دیده و یا ستم دیده حق دارد درخواست پناهندگی و یا پناهجویی سیاسی بدهد. این حق برای هر کسی صرف نظر از نژاد، مذهب، رنگ پوست و یا جنسیت او تضمین شده است؛ ۲. مسجد الحرام (خانه خدا) در مکه حرم امن برای همه مسلمانان است.»

.....
قضیه: رشید به عنوان یک تبعه افغان، مطابق به قوانین مربوط (فقره ۲ ماده ۳۹ قانون اساسی) حق ورود به افغانستان و خروج از آن را دارد. از آنجا که حارنوال توقیف رشید را تأیید نکرد و رشید آزاد شده بود، به نظر می‌رسد که تحقیقات پولیس به هیچ نتیجه‌ای منجر نشده است. رشید پاسپورت خود را نیاز دارد تا کشور را ترک کند. زیرا او مظنون به ارتکاب هیچ جرمی نیست و پولیس هیچ دلیل قانونی برای ضبط پاسپورت او و جلوگیری رشید از چنین مسافرتی ندارد. بنابراین، استنکاف پولیس از تحویل پاسپورت رشید موجب ایجاد محدودیت غیر مجاز برای آزادی گشت و گذار او شده و مناقض ماده ۳۹ قانون اساسی است.
.....

گفتار نهم: حق برخورداری از حریم خصوصی

قضیه: زبیده یک محکوم در محبس زنان است. او با خواهر خود از طریق نامه ارتباط دارد و مکاتبه می‌کند. با وجود این، نامه‌های خواهر زبیده توسط مؤظفین محبس باز می‌شود و زبیده می‌تواند مشاهده کند که نامه‌ها قبلاً مورد بررسی و تفتیش قرار گرفته‌اند. زبیده بسیار ناراحت و عصبانی است و به مدیر زندان در ارتباط به این عدم رعایت حق حریم خود شکایت می‌کند. مدیر زندان پاسخ می‌دهد که او یک محکوم است و هیچ حق حریم ندارد. آیا نظر مدیر زندان صحیح است؟

الف) احکام ذیربط

ماده ۳۷ قانون اساسی افغانستان

آزادی و محرمانه‌بودن مراسلات و مخابرات اشخاص چه به صورت مکتوب باشد و چه به وسیله تلفون، تلگراف و وسایل دیگر، از تعرض مصون است. دولت حق تفتیش مراسلات و مخابرات اشخاص را ندارد، مگر مطابق به احکام قانون.

ماده ۳۸ قانون اساسی افغانستان

مسکن شخص از تعرض مصون است. هیچ شخص، به شمول دولت، نمی‌تواند بدون اجازه ساکن یا قرار محکمه با صلاحیت و به غیر از حالات و طرزی که در قانون تصریح شده است، به مسکن شخص داخل شود یا آن را تفتیش نماید. در مورد جرم مشهود، مامور مسئول می‌تواند بدون اجازه قبلی محکمه، به مسکن شخص داخل شود یا آن را تفتیش کند. مامور مذکور مکلف است بعد از داخل شدن یا اجرای تفتیش، در خلال مدتی که قانون تعیین می‌کند قرار محکمه را حاصل نماید.

ماده ۱۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر

احدی در زندگی خصوصی، امور زندگی، اقامتگاه یا مکاتبات خود نباید مورد مداخله‌های خودسرانه واقع شود و شرافت و اسم و رسمش نباید مورد حمله قرار گیرد. هر کس حق دارد که در مقابل این گونه مداخلات و حملات، مورد حمایت قانون قرار گیرد.

ماده ۱۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

- هیچ کس نباید در زندگی خصوصی و خانواده و اقامتگاه یا مکاتبات مورد مداخلات خودسرانه (بدون مجوز) یا خلاف قانون قرار گیرد و همچنین شرافت و حیثیت او نباید مورد تعرض غیرقانونی واقع شود.
- هر کس حق دارد در مقابل این گونه مداخلات یا تعرض‌ها از حمایت قانون برخوردار گردد.

ب) تبصره پیرامون حق برخورداری از حریم خصوصی

حق برخورداری از حریم خصوصی بیانگر هسته اصلی و مرکز مفهوم لیبرالیستی از آزادی است و اصل آن به ایده شهروند خود اتکا برمی گردد که لازمه آن وجود یک جو خودشکوفایی فردی است که از تعرض و دخالت دولت در امان است. لازمه برخورداری از حریم خصوصی نیز احترام به برخورداری از موجودیت فردی، ماهیت فردی، حضور فردی، افتخار و شهرت و اعتبار یک انسان است. این حق به فرد اجازه می دهد از زندگی عمومی و معیارهای قانونی، اجتماعی و اخلاقی آن خود را کنار کشیده و به یک فضای خصوصی برگردد که او می تواند آن را براساس بصیرت و پندارها، آرزوها و انتظارات و توقعات شخصی طراحی کند. حمایت از حق مسکن، حق برخورداری از خانواده و برخورداری از فضای خصوصی برای ارتباطات، عناصری هستند که در ساحه حمایت از حق برخورداری از حریم خصوصی قرار می گیرند. این مقولات موید حوزه های مجزایی هستند که مشخص کننده زندگی خصوصی از حیات عمومی است؛ اما حق برخورداری از حریم خصوصی شامل احترام به اقدامات خصوصی در جمع نیز می گردد.

ماده ۱۲ از اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۱۷ (۱) از میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز در سطح بین المللی از این حق در برابر دخالت های خودسرانه و غیرقانونی دولت حمایت می کنند. البته قانون اساسی افغانستان حق برخورداری از حریم خصوصی به حیث یک حق مستقل اشعار ندارد، در حالی که به تفصیل از محل سکونت (ماده ۳۸ قانون اساسی افغانستان)، از خانواده (ماده ۵۴ قانون اساسی افغانستان) و حریم مکاتبات و مراسلات (ماده ۳۷ قانون اساسی افغانستان) حمایت کرده است. با وجود این، ماده ۱۸ اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام آشکارا این حق را به رسمیت شناخته و اعلام می کند که

«۱) هر انسانی حق دارد که نسبت به جان و دین و خانواده و ناموس و مال خویش، در آسودگی زندگی کند؛ ۲) هر انسانی حق دارد که در امور زندگی خصوصی خود (در مسکن و خانواده و مال و ارتباطات) استقلال داشته و جاسوسی یا نظارت بر او با مخدوش کردن حیثیت او جایز نیست و باید از او در مقابل هرگونه دخالت زورگویانه در این شئون حمایت شود؛ ۳) مسکن در هر حالی حرمت دارد و نباید بدون اجازه ساکنین آن یا بصورت غیرمشروع وارد آن شد، و نباید آن را خراب یا مصادره کرد یا ساکنین را آواره نمود.»

به علاوه اینکه ساحه حمایت از حق برخورداری از حریم خصوصی همچنین حق حمایت از افتخارات و اعتبارات شخصی را نیز در بر می گیرد. با وجود این، این حق حمایت از شخصیت

فردی با آزادی بیان دیگران در تضاد قرار می‌گیرد و لذا تنها حملات و تعدی‌های غیرقانونی نسبت به آن را را ممنوع می‌کند. ساحه حمایت از افتخار و اعتبار در مقایسه با دیگر عناصر حق برخورداری از حریم خصوصی محدودتر و مضیق‌تر است. ماده ۸ اعلامیه جهانی حقوق بشر به این حق حمایت از شخصیت مجدداً تأکید می‌کند و می‌گوید

«هر انسانی حق دارد از افتخار و اشتها خود در مقابل تهمت و افتراها، صرف نظر از اتهامات و یا تلاشهای خودسرانه در تحقیر و بدنام کردن او از خود محافظت و دفاع کند.»

لازمه برخورداری از حق حریم خصوصی تنها این نیست که دولت از تعدی به آن پرهیزد؛ بلکه دولت ملزم است از فضای خصوصی افراد در مقابل تعدی و تجاوز سکتور خصوصی نیز حمایت کند. این وظیفه حمایتی که عموماً لازمه آن نیز جلوگیری دولت از نقض حقوق بشر توسط دیگران می‌باشد،^{۱۱۶} که در ماده ۱۷ (۲) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز مورد اشاره قرار گرفته است.

قضیه: گرچه زبیده محکوم بوده و در حبس بسر می‌برد، اما او آزاد است تا به راحتی با خواهر خود ارتباط برقرار کند. ماده سوم قانون محابس و توقیف‌خانه‌ها بیان می‌کند که «کارکنان محابس و توقیف‌خانه‌ها، حارنوالان، قضات و سایر اشخاصی که به نحوی از انحا با مجوسین و اشخاص تحت توقیف سر و کار دارند، مکلف‌اند حین اجرای وظایف، با مجوسین و اشخاص تحت توقیف حقوق بشر را رعایت نموده با آنها بدون در نظر داشت قوم، ملیت، مذهب، دین، نژاد، رنگ، جنس (زن و مرد) زبان، موقف اجتماعی یا سیاسی و سایر ملاحظات تبعیضی طور بی‌طرفانه برخورد نمایند.» زیرا این محدودیت بدون مبنای قانونی آزادی زبیده در برقراری ارتباط بر اساس ماده ۳۷ قانون اساسی افغانستان، نقض حق برخورداری از حریم خصوصی وی بشمار می‌آید. بنابراین حق برخورداری از حریم خصوصی زبیده باید در برابر دخالت‌های دیگران تضمین گردد.

^{۱۱۶} نگاه کنید به «تصنیف حقوق بر مبنای وظایف دولت»، فصل دوم، گفتار سوم، ب)، ۱-۲.

گفتار دهم: حقوق خانواده

قضیه: والدین خدیجه و نجیب ۱۸ ساله موافق ازدواج فرزندانشان هستند. اما خدیجه و نجیب هیچ یک مایل به ازدواج نیستند و در برابر این اراده خانواده‌های خود اعتراض می‌کنند. مجموعه مراجع مذهبی روستای آنها نیز می‌دانند که این دو جوان مجبور به ازدواج با هم شده‌اند، اما مراسم ازدواج او را برگزار و زن و شوهری خدیجه و نجیب را رسماً اعلام کرده‌اند. حال قضاوت کنید که آیا این عمل قانونی است؟

الف) احکام ذیربط

ماده ۵۴ قانون اساسی افغانستان

خانواده رکن اساسی جامعه را تشکیل می‌دهد و مورد حمایت دولت قرار دارد. دولت به منظور تأمین سلامت جسمی و روحی خانواده، بالاخص طفل و مادر، تربیت اطفال و برای از بین بردن رسوم مغایر با احکام دین مقدس اسلام تدابیر لازم اتخاذ می‌کند.

ماده ۲۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر

۱. هر کس حق دارد که سطح زندگی او، سلامتی و رفاه خود و خانواده‌اش را از حیث خوراک و مسکن و مراقبت‌های طبی و خدمات لازم اجتماعی تأمین کند و همچنین حق دارد که در مواقع بیکاری، بیماری، نقص اعضاء، بیوه‌گی، پیری یا در تمام موارد دیگری که به علل خارج از اراده انسان، وسایل امرار معاش از بین رفته باشد، از شرایط آبرومندانه زندگی برخوردار شود.

۲. مادران و اطفال حق دارند که از کمک و مراقبت مخصوصی بهره‌مند شوند. اطفال چه براثر ازدواج و چه بدون ازدواج به دنیا آمده باشند، حق دارند که همه از یک نوع حمایت اجتماعی برخوردار شوند.

ماده ۲۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

۱. خانواده عنصر طبیعی و اساسی جامعه است و استحقاق حمایت جامعه و حکومت را دارد.
۲. حق نکاح و تشکیل خانواده برای زنان و مردان از زمانی که به سن ازدواج می‌رسند به رسمیت شناخته می‌شود.

۳. هیچ نکاحی بدون رضایت آزادانه و کامل طرفین آن منعقد نمی‌شود.
۴. دولت‌های طرف این میثاق تدابیر مقتضی به منظور تأمین تساوی حقوق و مسئولیت‌های زوجین در مورد ازدواج در مدت زوجیت و هنگام انحلال آن اتخاذ خواهند کرد. در صورت انحلال ازدواج پیش‌بینی‌هایی برای تأمین حمایت لازم از اطفال به عمل خواهند آورد.

ماده ۲۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

۱. هر طفلی بدون هیچ گونه تبعیض از حیث نژاد-رنگ-جنس-زبان-مذهب-اصل و منشأ ملی یا اجتماعی-مکتب یا نسب-حق دارد از تدابیر حمایتی که به اقتضای وضع صغیر بودنش از طرف خانواده او و جامعه و حکومت کشور او باید به عمل آید برخوردار گردد.

۲. هر طفلی باید بلافاصله پس از ولادت به ثبت برسد و دارای نامی بشود.

۳. هر طفلی حق تحصیل تابعیتی را دارد.

ماده ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

کشورهای طرف این میثاق اذعان (قبول) دارند که:

۱. خانواده که عنصر طبیعی و اساسی جامعه است باید از حمایت و مساعدت به حد اعلای ممکن برخوردار گردد؛ بویژه برای تشکیل و استقرار آن و مادام که مسئولیت نگاهداری و تعلیم و تربیه اطفال خود را به عهده دارد.

۲. ازدواج باید با رضایت آزادانه ی طرفین که قصد آن را دارند واقع شود.

۳. مادران در مدت معقولی پیش از زایمان و پس از آن باید از حمایت خاص برخوردار گردند. در آن مدت مادران کارگر باید از رخصتی با استفاده از حقوق و یا رخصتی با مزایای تأمین اجتماعی کافی برخوردار گردند.

۴. تدابیر خاص در حمایت و مساعدت به نفع کلیه ی اطفال غیر ممیز و ممیز بدون هیچ گونه تبعیض به علت نسب یا علل دیگر باید اتخاذ بشود. اطفال غیر ممیز و ممیز باید در مقابل استثمار اقتصادی و اجتماعی حمایت شوند.

۵. واداشتن اطفال به کارهایی که برای جهات اخلاقی یا سلامت آنها زیان آور است یا زندگی آنها را به مخاطره می اندازد یا مانع رشد طبیعی آنان می گردد باید به موجب قانون قابل مجازات باشد.

ب) تبصره پیرامون حقوق خانواده

خانواده به عنوان یک واحد گروهی طبیعی و بنیادی جامعه شناخته می شود. حمایت از خانواده بیانگر یک تضمین نهادی است به این معنی که یک وضعیت تحت شمول حقوق خصوصی به حیث یک حق مورد حمایت قرار می گیرد. اصطلاح خانواده در ارتباط با درک فرهنگی کشور متبوع تعریف و تفسیر می شود؛ به نحوی که زندگی جمعی، روابط اقتصادی و یا انواع دیگر روابط و مناسبات شدید و فشرده و منتظم نیز جزء لاینفک آن می باشد. اما این نوع به رسمیت شناختن حتما به معنی آن نیست که خانواده باید دارای فرزند نیز باشد.

ساحه حمایت از خانواده در ماده ۵۴ قانون اساسی افغانستان، ماده ۲۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و در ماده ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به حیث یک تضمین نهادی بیان شده است و متفاوت از حمایت منفی در مقابل دخالت در زندگی

خصوصی و خانوادگی مصرحه در ماده ۳۷ و ۳۸ قانون اساسی افغانستان و ماده ۱۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی است. در اینجا تضمین نهادی دولت را ملزم می‌کند به این که ازدواج و خانواده را به حیث نهادهای مخصوص تحت حمایت قوانین مربوط به حقوق خصوصی مستقر سازد و از این نهاد در مقابل تعدی سکتور خصوصی نیز حمایت نماید. حق ازدواج در اینجا از آزادی ورود به ازدواج در مقابل دخالت ارگانهای دولتی و یا سکتور خصوصی حمایت می‌کند. ماده ۲۳ (۳) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی تصریح می‌کند که «هیچ نکاحی بدون رضایت آزادانه و کامل طرفین آن منعقد نمی‌شود».

حمایت از نهادهای ازدواج و خانواده از وظایف بنیادین دولت اسلامی مصرحه در ماده ۵ اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام است که مقرر می‌کند:

«أ) خانواده، پایه ساختار جامعه است و زناشویی اساس ایجاد آن می‌باشد، بنابراین مردان و زنان حق ازدواج دارند و هیچ قید و بندی که برپایه نژاد یا رنگ یا قومیت باشد، نمی‌تواند از این حق آنان، جلوگیری کند؛ ب) جامعه و دولت موظف است موانع را از مسیر ازدواج برداشته و راههای آن را آسان و از خانواده حمایت به عمل آورد.»

ماده ۵۴ (۲) قانون اساسی افغانستان نیز به تفصیل به این وظیفه اشاره می‌کند تا از خانواده در مقابل طرف‌های (اشخاص) ثالث (تاثیر افقی) حمایت کند و به همین دلیل مقرر کرده است:

«خانواده رکن اساسی جامعه را تشکیل می‌دهد و مورد حمایت دولت قرار دارد. دولت به منظور تأمین سلامت جسمی و روحی خانواده، بالاخص طفل و مادر، تربیت اطفال و برای از بین بردن رسوم مغایر با احکام دین مقدس اسلام تدابیر لازم اتخاذ می‌کند.»

به علاوه، ماده ۲۳ (۴) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز دولت‌ها را ملزم می‌سازد تا بطور پیش‌رونده و تصاعدی تساوی و برابری حقوق و مسئولیت‌های زوجین را ایجاد و صرف به تطبیق مجموعه وظایف مذکور در این میثاق بپردازند.^{۱۱۷}

حق برخورداری از خانواده همچنین حق برخورداری از فرزند را نیز شامل می‌شود.^{۱۱۸} ماده ۷ (أ) اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام به عنوان نمونه مقرر می‌کند:

^{۱۱۷} M. Novak, *U.N. Covenants on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2nd ed. Kehl 2005, Art. 23 para 36.

^{۱۱۸} حق اطفال در اجرای عدالت در دوره آموزشی مربوط به موازین محاکمه عادلانه و در بخش «رفتار با نوجوانان» مورد بحث قرار خواهد گرفت، رهنمود ماکس پلانک پیرامون موازین محاکمه عادلانه، چاپ سوم، هایدلبرگ ۲۰۰۶، بخش اول، فصل پنج، ب.

«هر طفل از زمان تولد، حقی بر ذمه والدین خویش و جامعه و دولت در محافظت دوران طفولیت و تربیت نمودن و تأمین مادی و بهداشتی و ادبی دارد. در ضمن باید از جنین و مادر نگهداری شود و مراقبت‌های ویژه نسبت به آنها مبذول شود.»

به علاوه، به حیث یک نهاد حقوق خصوصی، ازدواج و خانواده حقوق و مسئولیت‌های میان زوجها و والدین و فرزندان را تعیین می‌کنند.

قضیه: ازدواج اجباری برخلاف اصول شرع مقدس اسلام بوده و آزادی ازدواج مصرح در ماده ۲۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی را نقض می‌کند. بر اساس ماده ۵۴ (۲) قانون اساسی افغانستان این کشور ملزم به اتخاذ تدابیری برای از بین بردن این گونه اعمال است. با وجود این، افغانستان در انتخاب مجموعه تدابیری که آنها را مناسب و ضروری تلقی می‌کند، آزاد است.

گفتار یازدهم: حق ملکیت خصوصی

قضیه: کلاوس، یک متخصص آلمانی، شاغل در افغانستان، می‌خواهد به منظور بنای یک مجتمع تحصیلی برای خود زمین بخرد. این زمین از آن یک تاجر افغانی است که موافقت خود برای فروش این زمین را اعلام نموده است؛ اما اداره دولتی ذیصلاح تأیید نمی‌کند که این مبادله انجام شده و به کلاوس اعلام می‌کند که او حق مالکیت اموال غیرمنقول را ندارد. کلاوس هم مدعی است حق مالکیت فردی او نقض شده است. حال باید دید که آیا تصمیم آن اداره غیر قانونی و خودسرانه است یا خیر؟

الف) احکام ذیربط

ماده ۴۰ قانون اساسی افغانستان

ملکیت از تعرض مصون است.
هیچ شخص از کسب ملکیت و تصرف در آن منع نمی‌شود، مگر در حدود احکام قانون.
ملکیت هیچ شخص، بدون حکم قانون و فیصله محکمه با صلاحیت مصادره نمی‌شود.
استملاک ملکیت شخص، تنها به مقصد تأمین منافع عامه، در بدل تعویض قبلی و عادلانه، به موجب قانون مجاز می‌باشد.
تفتیش و اعلان دارایی شخص، تنها به حکم قانون صورت می‌گیرد.

ماده ۴۱ قانون اساسی افغانستان

اشخاص خارجی در افغانستان حق ملکیت اموال عقاری را ندارند.
اجاره عقار به منظور سرمایه‌گذاری، مطابق به احکام قانون مجاز می‌باشند. فروش عقار به نمایندگی‌های سیاسی دول خارجی و به مؤسسات بین‌المللی که افغانستان عضو آن باشد، مطابق به احکام قانون، مجاز می‌باشد.

ماده ۱۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر

۱. هر شخص، منفرداً یا به طور اجتماع حق ملکیت دارد.
۲. احدی را نمی‌توان خودسرانه از حق ملکیت محروم نمود.

ب) تبصره پیرامون حق ملکیت خصوصی

اموال بیانگر آن دسته از چیزهایی است که عموماً به حیث مقولاتی که فرد و یا گروه بر آن حق انحصاری دارد شناخته شده‌اند. اموال در کنار پول و اشیاء ملموس دیگر همچنین شامل حقوق ملموس می‌شود که به عنوان منبع یا عناصر درآمد و یا سرمایه به حساب می‌آیند. سه نوع بزرگ اموال قابل شناسایی است: اموال غیر منقول (زمین)، اموال شخصی (دیگر انواع ملکیت فردی) و اموال معنوی (حقوق ناظر بر خلق آثار هنری، نوآوری‌ها و غیره) حق ملکیت

سه مقوله استفاده آزاد، بهره مندی و فروش یا واگذاری دستاوردهای فرد را شامل می‌گردد. حق ملکیت با اموال در ارتباط بوده و به شخص اجازه می‌دهد تا دیگران را از استفاده و یا بهره مندی از مایملک شخصی خود جدا فرض کند. مالک از حق هبه آزاد اموال خود برخوردار بوده و در صورت استفاده و یا عدم استفاده از این اموال، دیگران را از برخورداری و ملکیت، استفاده و یا انتقال ملکیت آنها از این اموال شخصی خود محروم و مجزا می‌سازد. دولت هم وظیفه دارد از این اموال افراد در مقابل اقدامات جرمی و یا سایر انواع تصرف غیر ماز در اموال خصوصی افراد توسط دیگران حمایت کرده و به عنوان مثال نسبت به تصویب قوانین جزایی لازم برای جلوگیری از سکتور خصوصی از نقض حق مالکیت خصوصی اشخاص اقدام کند.

حق برخورداری از ملکیت شخصی در میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی قید نشده است. و بطور همزمان، انواع بلوک‌های ایدئولوژیکی و سیاسی نیز قادر نبودند بر سر ساحه و تعریف حق ملکیت فردی به توافق برسند. ماده ۴۰ قانون اساسی افغانستان بطور کامل از همه جوانب حقوق مالکیت فردی حمایت می‌کند. تفتیش و اعلان دارایی شخص مستلزم دریافت فیصله از محکمه بوده و استملاک ملکیت اشخاص تنها به منظور حفظ منافع عمومی مجاز است و همچنین باید از قبل به صورت عادلانه جبران مافات انجام گیرد. ماده ۴۰ قانون اساسی افغانستان هماهنگ با رهنمود مصرحه در ماده ۱۵ اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام است که اشعار می‌دارد

«أ) هر انسانی حق مالک شدن از راه‌های شرعی را دارد و می‌تواند از حقوق ملکیت به گونه‌ای که به خود و یا دیگران و یا جامعه ضرر نرساند، برخوردار باشد و نمی‌توان ملکیت را از کسی سلب کرد مگر بنا بر ضرورت حفظ منافع عمومی و در مقابل پرداخت غرامت فوری و عادلانه؛ ب) مصادره اموال و ضبط آنها ممنوع است مگر بر طبق شرع.»

.....
قضیه: تصمیم این ارگان ذیصلاح در راستای قانون اساسی افغانستان قرار دارد. ماده ۴۱ قانون اساسی افغانستان اشعار می‌دارد: «اشخاص خارجی در افغانستان حق ملکیت اموال عقاری را ندارند.» این منع مطابق با معیارهای بین المللی است. اما کلاوس نیز حق دارد این اموال را به منظور ساخت یک مدرسه اجاره کند.
.....

گفتار دوازدهم: آزادی فکر، وجدان، مذهب و ایمان

قضیه: سالواتوره، یکی از کارکنان سفارت ایتالیا در افغانستان است که با فعالیت در منزل خود که بسیاری از مسیحیان خارجی نیز به این مکان می آیند، به یک شرکت خدمات دینی و الهی کمک می کند. مقامات عمومی از این قبیل فعالیت ها خوششان نمی آید و سالواتوره را به انجام فعالیت های مسیونری متهم می کنند. بدون اینکه هیچ مدرکی حاکی از شرکت مسلمانان در این امداد رسانی وجود داشته باشد، مقامات عمومی فعالیت های دینی منزل سالواتوره را در منزل او ممنوع اعلام کرده و تهدید کردند در صورت عدم رعایت این دستور توسط سالواتوره او را مجازات خواهند کرد. حالا آیا این واکنش مقامات عمومی را می توان مطابق با آزادی مذهب و ایمان تلقی کرد؟

الف) احکام زیربط

ماده ۲ قانون اساسی افغانستان

دین دولت جمهوری اسلامی افغانستان، دین مقدس اسلام است. پیروان سایر ادیان در پیروی از دین و اجرای مراسم دینی شان در حدود احکام قانون آزاد می باشند.

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 سبب 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 ۱۸ اعلامیه جهانی حقوق بشر

۱. هر کس حق دارد که از آزادی فکر، وجدان و مذهب بهره مند شود.
۲. این حق متضمن آزادی تغییر مذهب یا عقیده و همچنین متضمن آزادی اظهار عقیده و ایمان می باشد و نیز شامل تعلیمات مذهبی و اجرای مراسم دینی است. هر کس می تواند از این حقوق منفرداً یا مجتمعاً به طور خصوصی یا به طور عمومی برخوردار باشد.

ماده ۱۸ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

۱. هر کس حق آزادی فکر و وجدان و مذهب دارد. این حق شامل آزادی داشتن یا قبول یک مذهب یا معتقدات به انتخاب خود، همچنین آزادی ابراز مذهب یا معتقدات خود، خواه به طور فردی یا جماعت، خواه به طور علنی یا در خفا، در عبادات و اجرای آداب و اعمال و تعلیمات مذهبی می باشد.
۲. هیچ کس نباید مورد اکراهی واقع شود که به آزادی او در داشتن یا قبول یک مذهب یا معتقدات به انتخاب خودش لطمه وارد آورد.

۳. آزادی ابراز مذهب یا معتقدات را نمی‌توان تابع محدودیت‌هایی نمود مگر آنچه منحصرأ به موجب قانون پیش‌بینی شده و برای حمایت از امنیت، نظم، سلامت یا اخلاق عمومی یا حقوق و آزادی‌های اساسی دیگران ضرورت داشته باشد.
۴. دولت‌های طرف این میثاق متعهد می‌شوند که آزادی والدین و بر حسب مورد سرپرستان قانونی اطفال را در تأمین آموزش مذهبی و اخلاقی کودکان مطابق معتقدات خودشان محترم به‌شمارند.

ب) تبصره پیرامون آزادی فکر، وجدان، مذهب و ایمان

آزادی فکر، وجدان، مذهب و ایمان به همراه آزادی رای جزو عناصر مرکزی حقوق مدنی و سیاسی هستند. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در ماده ۴ (۲) (وضعیت اضطراری) بر اهمیت فوق‌العاده این حقوق در تعیین آن به عنوان یک حق غیرقابل فسخ تأکید می‌ورزد. این آزادی به دور از یک مورد اهمیت استثنایی بدون هیچ قید و شرط و یا اعلان قبلی مورد اقبال همه قرار گرفته است. قابل ذکر است که ارتباط میان دولت و دین تا حد زیادی از یک کشور به کشور دیگر متفاوت است.

آزادی فکر، وجدان، مذهب، ایمان، رای، بیان، رسانه‌ها، مطبوعات، اطلاعات، تجمعات، تشکیل انجمن و اتحادیه تجاری از ماهیت فکری فرد حمایت کرده و به عنوان «حقوق اساسی ارتباطات» و یا «حق آزادی سیاسی» نامگذاری شده‌اند.^{۱۱۹} این موارد به عنوان حقوق اساسی ارتباطات مقوله‌بندی شده‌اند زیرا آنها از حقوق افراد برای تبادل نظر در مورد موضوعات مربوط به وطن‌داران خود حمایت کرده و از احکام و عقاید خود در جمع دفاع می‌کنند. البته ممکن است این حقوق ارتباطی به صورت فردی یا جمعی نیز اعمال شوند. حقوق مطرح شده فوق در مرحله نخست حقوق دفاعی بوده که با اصطلاح «آزادی از» تعریف می‌شوند. البته هدف آنها صرف دفاع از یک فضای عاری از دخالت دولت نیست؛ بلکه برخی حقوق مانند همانند آزادی سیاسی به عنوان حقوق مشارکت سیاسی عمل کرده و مقدمه ضروری تصمیم‌سازی‌های دموکراتیک هستند.^{۱۲۰} بنابر این آزادی‌های فکر، وجدان، مذهب، ایمان، رای، بیان، رسانه‌ها، مطبوعات، اطلاعات، تجمعات، تشکیل انجمن و اتحادیه تجاری همگی در فضایی هم‌خصوصی و هم‌بصورت عمومی نقش بازی کرده و عمل می‌کنند.

¹¹⁹ M. Novak, *U.N. Covenants on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2nd ed. Kehl 2005, Art. 23 para 6.

¹²⁰ نگاه کنید به «حقوق سیاسی» فصل دوم، گفتار سوم، ب)، ۲-۲.

سرانجام اینکه این حقوق بطور همزمان نشان دهنده آزادی های منفی انفعالی و همچنین مثبت / فعال هستند؛ به مفهومی که مثلاً فرد حق دارد از عقیده ای برخوردار بوده و آن را عرضه کند و یا از ابراز نظر و عقیده خود صرف نظر کرده و براحتی نیز این حق را دارد که در باره موضوعات خاص اظهار نظر نکند.

قانون اساسی افغانستان آزادی دین را برای سایر ادیان تضمین کرده است (ماده ۲۰۲) قانون اساسی افغانستان) آزادی دین برای مسلمانان در این قانون تصریح نشده است، اما در شرایط مربوط به موضوعات شخصی و یا در موارد دیگر مثلاً جایی که طرفین هر دو پیروان مذهب شیعه باشند، اقلیت شیعه حق دارند بر اساس قوانین مکتب شیعه در مورد آنها قضاوت شود (ماده ۱۳۱ قانون اساسی افغانستان).

در واقع، حمایت از حقوق اقلیت های مذهبی وظیفه یک دولت اسلامی است که در ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز بر به شرح زیر بر آن تأکید شده است:

«أ) طبق قرآن «لا اکراه فی الدین» یک اصل است که باید بر حقوق اقلیت های دینی غیر مسلمان حاکم باشد؛ ب) اقلیت های دینی در یک کشور اسلامی باید از این حق برخوردار باشند تا با توجه به موضوعات مدنی و شخصی آنها طبق قوانین اسلامی و یا قوانین دین خودشان با آنها برخورد شود.»

اما شریعت حق اقلیت دینی را به عنوان مبلغین مذهبی محدود می کند. ماده ۱۰ اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام اینگونه صراحت دارد که:

«اسلام دین فطرت پاک است، و به کار گرفتن هرگونه اکراه نسبت به انسان یا بهره برداری از فقر یا جهل انسان جهت تغییر این دین به دینی دیگر یا به الحاد، جایز نمی باشد.»

به علاوه اینکه بر اساس شریعت حق کسانی که مسلمان بدنیا آمدند و قصد دارند دین و عقیده خود را تغییر دهند حمایت نشده و حتی ممکن است بر اساس تفاسیر غالب از شریعت به مرگ نیز محکوم شوند. این نوع تفاسیر از شریعت می تواند با تعهدات و وظایف الزامی افغانستان برای هماهنگی با معاهدات بین المللی در تعارض قرار بگیرد. ماده ۱۸ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی به دقت اشاره می کند که:

«هیچ کس نباید مورد اکراهی واقع شود که با آزادی او در داشتن یا قبول یک مذهب یا معتقدات به انتخاب خودش لطمه وارد آورد.»

قضیه: ماده ۲ (۲) قانون اساسی افغانستان از حق پیروان سایر ادیان در پیروی از دین و اجرای مراسم دینی شان در حدود احکام قانون حمایت می کند. سالواتوره مسلمانان را وادار نکرد تا به آیین مسیحیت برگردند و فقط به هم کیشان خود خدمت رسانی می کرد که همین نیز فعالیتی بود که در چارچوب قانون انجام می گرفت. از این رو حق آزادی دینی او بدون هیچ دلیلی موجهی نقض شد. از این خاطر این محدودیت غیر قابل توجیه بوده و بنابر این حق سالواتوره در برخورداری از آزادی ایمان و عقیده نقض شده است (ماده ۲ (۲) قانون اساسی افغانستان و ماده ۱۸ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی).

گفتار سیزدهم: آزادی عقیده، بیان و اطلاعات

.....
قضیه: جاوید محصل مکتب استقلال است. او از معلم خود خوشش نمی آید چون او در آخرین امتحان کتبی مدرسه به او نمره بد داده بود. جاوید می خواهد از او انتقام بگیرد و به همه در مدرسه می گوید که این معلم آدم فاسدی است. او از والدین رشوه می گیرد تا در عوض به فرزندانشان نمره خوب بدهد. جاوید همچنان به دروغ های خود ادامه می دهد و می گوید تنها به دلیل اینکه پدر و مادرش به معلم رشوه نداند نمره بد گرفته است. حالا باید دید که آیا این آزادی بیان او باید مورد حمایت قرار گیرد یا نه؟
.....

الف) احکام ذیربط

ماده ۳۴ قانون اساسی افغانستان

آزادی بیان از تعرض مصون است.
هر افغان حق دارد فکر خود را بوسیله گفتار، نوشته، تصویر و یا وسایل دیگر، با رعایت احکام مندرج این قانون اساسی اظهار نماید.
هر افغان حق دارد مطابق به احکام قانون، به طبع و نشر مطالب، بدون ارائه آن به مقامات دولتی، پردازد.
احکام مربوط به مطابع، رادیو و تلویزیون، نشر مطبوعات و سایر وسایل ارتباط جمعی توسط قانون تنظیم می گردد.

ماده ۱۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر

هر کس حق آزادی عقیده و بیان دارد و حق مزبور شامل آن است که از داشتن عقاید خود بیم و اضطرابی نداشته باشد و در کسب اطلاعات و افکار و در اخذ و انتشار آن، به تمام وسایل ممکن و بدون ملاحظات مرزی، آزاد باشد.

ماده ۱۹ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

۱. هیچ کس را نمی توان به مناسبت عقایدش مورد مزاحمت و اخافه قرار داد.
۲. هر کس حق آزادی بیان دارد. این حق شامل آزادی تفحص و تحصیل و اشاعه اطلاعات و افکار از هر قبیل بدون توجه به سرحدات خواه شفاه یا به صورت نوشته یا چاپ یا به صورت هنر و یا به هر وسیله دیگر به انتخاب خود می باشد.
۳. اعمال حقوق مذکور در بند ۲ این ماده مستلزم حقوق و مسئولیت های خاص است و لذا ممکن است تابع محدودیت های معینی بشود که در قانون تصریح شده و برای امور ذیل ضرورت داشته باشد:
 - أ. احترام به حیثیت دیگران.
 - ب. حفظ امنیت ملی یا نظم عمومی یا سلامت یا اخلاق عمومی.

ماده ۲۰ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

۱. هر گونه تبلیغ برای جنگ به موجب قانون ممنوع است.
۲. هر گونه دعوت (ترغیب) به کینه (تنفر) ملی یا نژادی یا مذهبی که محرک تبعیض یا مخاصمه یا اعمال زور باشد به موجب قانون ممنوع است.

ب) تبصره پیرامون آزادی عقیده، بیان و اطلاعات

حق برخورداری از آزادی رای و بیان آن یکی از پایه‌های اصلی دموکراسی است. آرایه‌ی چون اعتقادات دینی و رویکردهای سیاسی از مقولات بسیار شخصی هستند. هر کسی آزاد است فارغ از هر گونه الزام و تلقین عقیده خود را شکل دهد. فرد آزاد است تا در باره هر آنچه که دوست دارد بپندیشد. آزادی رای به حوزه فکر تعلق داشته و لذا یک موضوع شخصی تلقی می‌گردد. این حق هم بر اساس قوانین داخلی افغانستان (ماده ۳۴ (۱) قانون اساسی افغانستان) و هم قوانین بین‌المللی (ماده ۱۹ (۱) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی) تضمین شده است. اما، آزادی بیان مستلزم رابطه با دیگران بوده و به وجود روابط انسانی منوط و موکول می‌گردد. اعمال این حق بر فضای عمومی جامعه اثر گذاشته و بنابر این ممکن است از طریق قانون محدود گردد. ساحه حمایت از آزادی بیان همچنین بیان آراء از طریق رادیو، تلویزیون، مطبوعات و دیگر رسانه‌های عمومی را نیز در برمی‌گیرد.

امروزه ایستگاه‌های رادیو و تلویزیونی زیادی به همراه روزنامه‌های جدید ظهور کردند. شهروندان افغانی در حد گسترده‌ای از آزادی‌های مطبوعات و رسانه‌ها بهره‌مند بوده و این رسانه‌ها امکان عملی کردن آزادی کسب اطلاعات هموطنان را براحتی فراهم می‌آورند. امکان کسب اطلاع از طریق منابع فاسد نشده تحت نفوذ دولت، از جمله پیش شرط‌های دیگر افکار سازی دموکراتیک است. لذا تحدید دسترسی به اطلاعات و آرای سیاسی، هنری و بازرگانی از جمله اعمال محدودیت‌های ناروا و غیر مجاز تلقی می‌شوند.

این حق بیان آراء و عقاید را تنها زمانی که موجب وارد آمدن ضرر به دیگران باشد می‌توان از طریق قانون محدود کرد. ماده ۳۴ (۲) قانون اساسی افغانستان اشعار می‌دارد:

«هر افغان حق دارد فکر خود را بوسیله گفتار، نوشته، تصویر و یا وسایل دیگر، با رعایت احکام مندرج این قانون اساسی اظهار نماید.»

در این ماده، حق بیان عقیده به «رعایت احکام مندرج در این قانون اساسی» مشروط شده است. این عبارت مندرج در قانون اساسی را باید در ارتباط با ماده ۱۹ (۳) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مورد مطالعه قرار داد که می‌گوید:

«اعمال حقوق مذکور در بند ۲ این ماده مسلزم حقوق و مسئولیت‌های خاص است و لذا ممکن است تابع محدودیت‌های معینی بشود که در قانون تصریح شده و برای امور ذیل ضرورت داشته باشد:

الف- احترام به حیثیت دیگران؛

ب- حفظ امنیت ملی یا نظم عمومی یا سلامت یا اخلاق عمومی.»

ماده ۴ اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام نیز می‌افزاید:

«هر انسانی حرمتی دارد و می‌تواند از آوازه خود در زندگی یا پس از مرگ پاسداری نماید و دولت و جامعه موظف است که از پیکر و مدفن او پاسداری کند.»

حق بیان آزادانه آرای فردی اغلب یکی از نخستین حقوقی است که در رژیم‌های خودکامه و دیکتاتوری نقض شده و با رهنمودهای تبلیغی دولت محدود می‌گردد. بنابراین تکررگرایی اندیشه، عقاید و آراء و نیز تحمل اندیشه مخالف با افکار عمومی نیز از ویژگی‌های یک دموکراسی مؤثر به شمار می‌رود. این حق شامل انتقاد، حتی انتقادهای شدید، از مقامات مثلاً قضات می‌شود. از آنجا که حق بیان نظریات و آرای فردی رول مخصوصی را در شکل‌گیری نظریات و به تبع اجرای دموکراسی ایفا می‌کند، حمایت از آزادی عقیده واجد اهمیت ویژه‌ای در مباحث سیاسی است و بنابراین این بسیار حیاتی و مهم است که دولت اجازه انتقاد و مباحثه آزادانه را به مردم در هنگام پرداختن به چنین مباحثات سیاسی بدهد.

.....

قضیه: اظهارات جاوید تحت ساحت حمایت از آزادی بیان و تحت شرایطی که این بیان، بیان رای و عقیده باشد مورد بررسی قرار می‌گیرد. آراء و عقاید شامل قضاوت‌های ارزشی و یا اظهارات ادعاهای واقعی شخص هستند. اما ساحت حمایت از این حق متضمن تعديات، اهانت‌ها و یا فحاشی‌های مبتنی بر اظهارات کذب و هدفمند (دروغ‌ها) نمی‌گردد. این قبیل اظهارات حرمت‌ها و اعتبار افراد را خدشه دار می‌کند؛ یعنی امری که از طریق حق برخورداری از حریم خصوصی مورد حمایت قرار می‌گیرد. جاوید عمداً با هدف آسیب رساندن به اعتبار و آبرو و افتخارات معلم دروغ می‌گوید. از این جهت او در این رابطه اظهار رای و نظر نمی‌کند. البته در ماده ۳۴ قانون اساسی افغانستان و ماده ۱۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی هیچ نشانی از حمایت از بی اعتبار ساختن معلم نیز وجود ندارد.

قابل توجه اینکه توهین، افترا و فحاشی مبتنی بر بیان و اظهار واقعیت‌ها تحت حمایت کلی حق آزادی بیان قرار می‌گیرد. اما، این اظهارات باید با حق احترام به آبرو و حیثیت دیگران نیز در توازن قرار گیرد. البته در حوزه سیاسی همه حمله‌ها نسبت به اعتبارات مثبت را نمی‌توان محدود کرد زیرا این امر موجب تضعیف اصل آزادی بیان می‌شود.

.....

گفتار چهاردهم: آزادی تشکیل اجتماعات و انجمن‌ها

قضیه: نیل و عالم در یک تظاهرات علیه قانون جدید پیشنهاد شده ولسی جرگه شرکت کردند. این تجمع صلح آمیز بود. اما پولیس این تجمع را برهم زده و اغلب شرکت کنندگان آن را که شامل نیل و عالم نیز می شد دستگیر کرد. هر دوی این افراد به مدت چند روز در بازداشت بسر بردند. آنها تنها پس از تصویب مشرانو جرگه و تأیید قانونی رییس جمهور از توقیف گاه رهایی یافتند. نیل و عالم مدعی هستند که حق آنها مبنی بر تشکیل آزادانه مجامع نقض گردیده است.

الف) احکام ذیربط

ماده ۳۵ قانون اساسی افغانستان

اتباع افغانستان حق دارند به منظور تأمین مقاصد مادی و یا معنوی، مطابق به احکام قانون، جمعیت‌ها تأسیس نمایند.

اتباع افغانستان حق دارند، مطابق به احکام قانون، احزاب سیاسی تشکیل دهند، مشروط بر اینکه:

۱. مرامنامه و اساسنامه حزب، مناقض احکام دین مقدس اسلام و نصوص و ارزشهای مندرج این قانون اساسی نباشد،
 ۲. تشکیلات و منابع مالی حزب علنی باشد،
 ۳. اهداف و تشکیلات نظامی و شبه نظامی نداشته باشد،
 ۴. وابسته به حزب سیاسی و یا دیگر منابع خارجی نباشد،
- تأسیس و فعالیت حزب بر مبنای قومیت، سمت، زبان و مذهب فقهی جواز ندارد.
- جمعیت و حزبی که مطابق به احکام قانون تشکیل می شود، بدون موجبات قانونی و حکم محکمه با صلاحیت منحل نمی شود.

ماده ۳۶ قانون اساسی افغانستان

اتباع افغانستان حق دارند برای تأمین مقاصد جایز و صلح آمیز، بدون حمل سلاح، طبق قانون اجتماع و تظاهرات نمایند.

ماده ۲۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر

۱. هر کس حق دارد آزادانه مجامع و جمعیت‌های مسالمت آمیز تشکیل دهد.
۲. هیچ کس را نمی توان مجبور به شرکت در اجتماعی کرد.

ماده ۲۱ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

حق تشکیل مجامع مسالمت آمیز به رسمیت شناخته می شود. اعمال این حق تابع هیچ گونه محدودیتی نمی تواند باشد، جز آنکه بر طبق قانون مقرر شده و در یک جامعه دموکراتیک به

مصلحت امنیت ملی یا ایمنی عمومی یا نظم عمومی یا برای حمایت از سلامت یا اخلاق عمومی یا حقوق و آزادی‌های دیگران ضرورت داشته باشد.

ماده ۲۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر

۱. ...
۲. ...
۳. ...
۴. هر کس حق دارد که برای دفاع از منافع خود یا دیگران اتحادیه تشکیل دهد و در اتحادیه‌ها نیز شرکت نماید.

ماده ۲۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

۱. هر کس حق اجتماع آزادانه با دیگران را دارد، از جمله حق تشکیل سندیکا (اتحادیه‌های صنفی) و الحاق به آن برای حمایت از منافع خود.
۲. اعمال این حق تابع هیچ گونه محدودیتی نمی‌تواند باشد مگر آنچه که به موجب قانون مقرر گردیده و در یک جامعه دموکراتیک به مصلحت امنیت ملی یا ایمنی عمومی - نظم عمومی یا برای حمایت از سلامت یا اخلاق عمومی یا حقوق و آزادی‌های دیگران ضرورت داشته باشد. این ماده مانع از آن نخواهد شد که اعضای نیروهای مسلح و پولیس در اعمال این حق تابع محدودیت‌های قانونی بشوند.
۳. هیچ یک از مقررات این ماده دولت‌های طرف کنوانسیون مورخ ۱۹۴۸ سازمان بین‌المللی کار مربوط به آزادی سندیکایی و حمایت از حق سندیکایی (حق متشکل شدن) را مجاز نمی‌دارد که با اتخاذ تدابیر قانون‌گذاری یا با نحوه اجرای قوانین به تضمین‌های مقرر در آن کنوانسیون لطمه وارد آورند.

ماده ۸ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

۱. کشورهای طرف این میثاق متعهد می‌شوند که مراتب زیر را تضمین کنند؛
 - ا. حق هر کس به اینکه به منظور پیشبرد و حفظ منابع اقتصادی و اجتماعی خود با رعایت مقررات سازمان ذیربط مبادرت به تشکیل اتحادیه نماید و به اتحادیه‌ی مورد انتخاب خود ملحق شود. اعمال این حق را نمی‌توان تابع هیچ محدودیتی نمود مگر آنچه که به موجب قانون تجویز شده و در یک جامعه دموکراتیک برای مصالح امنیت ملی یا نظم عمومی یا حفظ حقوق و آزادی‌های افراد دیگر ضرورت داشته باشد.
 - ب. حق اتحادیه‌ها (سندیکاها) که به تشکیل فدراسیون‌ها یا کنفدراسیون‌های ملی و حق کنفدراسیون‌ها به تشکیل سازمان‌های سندیکایی بین‌المللی یا الحاقیه آن‌ها.
 - ج. حق اتحادیه‌ها (سندیکاها) که آزادانه به فعالیت خود مبادرت نمایند بدون هیچ محدودیتی جز آنچه به موجب قانون تجویز شده و در یک جامعه دموکراتیک برای

مصالح امنیت ملی یا نظم عمومی یا برای حفظ حقوق و آزادی‌های دیگران ضرورت داشته باشد.

- د. حق اعتصاب مشروط به اینکه با رعایت مقررات کشور مربوط اعمال شود.
۲. این ماده مانع از آن نخواهد بود که افراد نیروهای مسلح یا پولیس یا مقامات اداری دولت در اعمال این حقوق تابع محدودیت‌های قانونی بشوند.
۳. هیچ یک از مقررات این ماده کشورهای طرف مقابله نامه ی ۱۹۴۸ سازمان بین‌المللی کار مربوط به آزادی سندیکایی و حمایت از حق سندیکایی را مجاز نمی‌دارد که با اتخاذ تدابیر قانون گذاری یا نحوه اجرای قوانین، به تضمینات مقرر در مقابله نامه مزبور لطمه‌ای وارد آورند.

ب) تبصره پیرامون آزادی تشکیل اجتماعات و انجمن‌ها

بر خورداري از آزادی تشکیل اجتماعات و انجمن‌ها دارای یک کارکرد دموکراتیک در فرآیند تشکیل، بیان و اجرای آرا و افکار سیاسی است.

آزادی تشکیل اجتماعات و انجمن‌ها به شهروندان اجازه می‌دهد تا حمایت خود از خط مشی دولت را به نمایش گذاشته و یا شکایات خود نسبت به مقامات رسمی دولتی را ارایه دهند. این آزادی از اصول اساسی حکومت‌های دموکراتیک است چرا که امکان اعتراض و تغییر خط مشی‌های دولت را فراهم می‌آورد. حق تشکیل اجتماعات و انجمن‌ها در جای خود تعیین کننده حق پیوستن موقت و صلح آمیز به گروه‌ها نیز هست تا بتوان آرمان عمومی را توسعه بخشید. این حق هم مراحل آماده سازی و هم راه اندازی محافل و انجمن‌ها از طریق سازمان دهندگان و شرکت کنندگان در آن را شامل می‌شود. طبق (ماده ۳۸ قانون اساسی افغانستان و ماده ۲۱ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی) آزادی تشکیل اجتماعات و انجمن‌ها، برگزاری نشست‌ها در منازل شخصی را شامل نمی‌گردد، اما این آزادی بیشتر جزو حق بر خورداري از حریم خصوصی می‌شود (ماده ۱۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی). بنابراین جلوگیری از برگزاری تظاهرات صلح آمیز عمومی ممنوع می‌باشد، مگر اینکه با برگزاری چنین تظاهراتی، خطرات جدی تری برای امنیت و نظم عمومی ایجاد شود.

آزادی تشکیل انجمن‌ها همچون آزادی بیان و آزادی تشکیل اجتماعات جزو حقوق مدنی و سیاسی به شمار می‌آیند. بُعد و جنبه مدنی این حق از افراد در مقابل دخالت‌های غیرقانونی دولت (حقوق دفاعی) حمایت به عمل می‌آورد. این حق به عنوان یک حق سیاسی نیز شهروندان را قادر می‌سازد تا به نحو مؤثری منافع سیاسی و اجتماعی خود را با حمایت افراد همفکر جامعه همراه سازند. بنابراین تشکیل انجمن‌ها یک اقدام اساسی اجتماعی و احتمالاً

نهادی به قدمت خود بشر به حساب می آید. این انجمن ها را می توان با اهداف اجتماعی، حرفه ای، مذهبی و یا سیاسی تشکیل داد. آزادی تشکیل انجمن ها شامل آزادی تشکیل یک انجمن و انتخاب سازمانی که فرد مایل به پیوستن به آن باشد نیز هست.

به علاوه، حق تشکیل انجمن با حق کارگران برای تشکیل اتحادیه کارگری نیز در ارتباط است. هر دو اقدام آزادی تشکیل محافل و آزادی تشکیل انجمن ها ممکن است است تنها از طریق تجویز قانون و [...] در صورت ایجاب ضرورت در یک جامعه دموکراتیک که به نفع امنیت ملی یا تأمین سلامت عمومی، نظم عمومی، حفظ صحت و سلامت روحی و اخلاقی جامعه و نیز برای حمایت از حقوق و آزادی های دیگران باشد، محدود گردد.

ماده ۳۵ قانون اساسی افغانستان محدودیت های مجاز حق تشکیل احزاب سیاسی را با تفصیل بیشتری بیان می کند. این محدودیت ها شامل پروگرامها و منشورهایی است که با اصول دین مقدس اسلام و نصوص و ارزش های این قانون مغایرت داشته و مبتنی بر اهداف و تشکیلات نظامی و شبه نظامی، وابستگی به حزب سیاسی و منابع خارجی، شکل گیری و فعالیت مبتنی بر قومیت، زبان و مذهب فقهی و شرایط منطوقی است.

.....
قضیه: نبیل و عالم مدعی هستند که حقوق آنها مبنی بر آزادی تشکیل اجتماع سیاسی نقض شده است. البته این اتهامات و ادعاها می تواند واقعی باشد، در صورتیکه این اجتماع و انجمن در یک جامعه دموکراتیک به دلیل منافع و امنیت ملی یا امنیت عمومی، نظم عمومی و حمایت از سلامت روحی و اخلاقی جامعه و نیز برای حمایت از آزادی های دیگران منحل نگردد. این اجتماع صلح آمیز عمل کرده و تهدید به امنیت ملی، امنیت عمومی، نظم عمومی و یا مغایر منافع و حقوق حمایت شده دیگران نیز نبوده است. این اجتماع یا گروه با هدف تصویب یک قانون بدون اعتراض عمومی منحل شد. البته این اقدام یک هدف مجاز برای دخالت در امور این گروه محسوب نشده و بنابراین در یک جامعه دموکراتیک اقدامی غیر ضروری بشمار می آید. لذا ادعاهای نبیل و عالم نیز درست است. چرا که پولیس آزادی آنها مبنی بر تشکیل اجتماعات و انجمن ها مصرحه در ماده ۳۶ قانون اساسی افغانستان و ماده ۲۱ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی را نقض کرده است.
.....

گفتار پانزدهم: حق مشارکت سیاسی

قضیه: کمال مظنون بوده و به دلیل زمان برگزاری انتخابات مجلس در توقیف پیش از محاکمه می باشد. او یک فعال سیاسی بوده و و خواستار ایفای حق خود برای رای دادن است. مؤظفین محبس این درخواست او را به مسخره گرفته اند. آیا در اینجا کمال حق ندارد رای بدهد؟

الف) احکام زیربط

ماده ۳۳ قانون اساسی افغانستان

اتباع افغانستان حق انتخاب کردن و انتخاب شدن را دارا می باشند.
شرایط و طرز استفاده از این حق توسط قانون تنظیم می گردد.

ماده ۵۰ قانون اساسی افغانستان

دولت مکلف است به منظور ایجاد اداره سالم و تحقق اصلاحات در سیستم اداری کشور تدابیر لازم اتخاذ نماید.
اداره اجراآت خود را با بی طرفی کامل و مطابق به احکام قانون عملی می سازد.
اتباع افغانستان حق دسترسی به اطلاعات از ادارات دولتی را در حدود احکام قانون دارا می باشند. این حق جز صدمه به حقوق دیگران و امنیت عامه حدودی ندارد.
اتباع افغانستان بر اساس اهلیت و بدون هیچگونه تبعیض و به موجب احکام قانون به خدمت دولت پذیرفته می شوند.

ماده ۲۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر

۱. هر کس حق دارد که در اداره امور عمومی کشور خود، خواه مستقیماً و خواه با وساطت نمایندگان که آزادانه انتخاب شده باشند، شرکت جوید.
۲. هر کس حق دارد با تساوی شرایط، به مشاغل عمومی کشور خود نایل آید.
۳. اساس و منشأ قدرت حکومت، اراده مردم است. این اراده باید به وسیله ی انتخاباتی برگزار گردد که از روی صداقت و به طور ادواری صورت پذیرد. انتخابات باید عمومی و با رعایت مساوات باشد و با رأی مخفی یا طریقه ای نظیر آن انجام گیرد که آزادی رأی را تأمین نماید.

ماده ۲۵ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

هر انسان عضو اجتماع حق و امکان خواهد داشت بدون (در نظر گرفتن) هیچ یک از تبعیضات مذکور در ماده ۲ و بدون محدودیت غیر معقول:
أ. در اداره امور عمومی بالمباشره یا بواسطه نمایندگان که آزاد انتخاب شوند شرکت نماید.

- ب. در انتخابات ادواری که از روی صحت با آراء عمومی مساوی و مخفی انجام شود و تضمین کننده بیان آزادانه اراده انتخاب کنندگان باشد رأی بدهد و انتخاب بشود.
- ج. با حق تساوی طبق شرایط کلی بتواند به مشاغل عمومی کشور خود نائل شود.

ب) تبصره پیرامون حق مشارکت سیاسی

حق مشارکت سیاسی شامل حق شهروندان برای انتخاب کردن و انتخاب شدن در رای گیری و استخدام در بخش خدمات دولتی و نیز دستیابی به اطلاعات می گردد. این موارد در یک مفهوم خلاصه تر جزو حقوق سیاسی به حساب می آیند. اهمیت وجود این حق در مشارکت سیاسی در یک جامعه دموکراتیک در درس های پیشین مورد بحث و بررسی قرار گرفته بود.^{۱۲۱}

حق شرکت در اجرای امور عمومی از حقوق معقول متنی (ماهوی) افراد به حساب می آید. این حق دولت را مجاب می سازد که فرصت های واقعی را برای تمام شهروندان بطور رسمی و قانونی فراهم آورد تا آنها بتوانند در انجام حقوق سیاسی خود تمرین و ممارست نمایند. دولت ها در این مورد با توجه به اقدامات اجرایی خاص از اختیارات و مصلحت اندیشی های وسیعی نیز برخوردار هستند. بنابراین ساختار این حق برای اعمال حاکمیت مردم به نوع نظام سیاسی دولت بستگی خواهد داشت. اما، در این میان باید برای حق رای عمومی و برابر و نیز اظهار رای به نحو سری نیز تضمین هایی وجود داشته باشد. این حق را باید بدون اعمال هرگونه تبعیض ناروا برای همه شهروندان تضمین کرد (ماده ۲۵ (۱) میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی).

حق دسترسی به خدمات عمومی (ماده ۵۰ (۵) قانون اساسی افغانستان، ماده ۲۵ (۳) میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی) به طور کلی بر مبنای عدالت و برابری تضمین می گردد. یعنی اینکه دسترسی به مناصب عمومی در امور قضایی، اجرایی و یا دولتی می تواند در مقایسه با حق دسترسی به مناصبی که انتخابی (با رای عمومی هستند) تابع محدودیت های مقدمات ضروری شدیدتری باشد. این معیارها باید با محدودیت های مربوط به تبعیض ها هماهنگی داشته و بر مبنای منطقی و عینی استوار باشند.

ماده ۲۳ (ب) اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام مقرر می کند که:

¹²¹ بنگرید به «تبصره: دموکراسی»، رهنود انستیتوت ماکس پلانک برای قانون اساسی افغانستان، مجلد اول، فصل سوم، گفتار دوم.

«...ب) هر انسانی حق دارد در اداره امور عمومی کشور خود بطور مستقیم یا غیر مستقیم شرکت نماید. همچنین او می تواند پست های عمومی را برطبق احکام شریعت متصدی شود.»

ماده ۱۱ اعلامیه اسلامی حقوق بشر (۱۹۸۱) حقوق و تعهدات مشارکت در اجرا و اداره امور عمومی را به تفصیل شرح داده و بیان می کند:

«أ) طبق قانون شرع، هر شخصی در جامعه (امت) مستحق کسب مناصب عمومی است؛ ب) روند مشورتی امور (شورا) اساس مناسبات اداری میان حکومت و مردم است. مردم همچنین حق دارد بر اساس این اصول حاکمان را انتخاب و یا عزل کنند.»

.....
قضیه: این وظیفه ایجابی (مثبت) بر عهده دولت افغانستان است تا اطمینان حاصل کند که همه شهروندان ذیصلاح آن از فرصت های واقعی برای تعمیم حقوق سیاسی خود برخوردار هستند. از این جهت، افراد تحت توقیف و محبوسان نیز از این حق برای مشارکت در امور عمومی برخوردار می باشند. بنابر این کمال حق دارد بطور واقعی از حق خود برای رای دادن حتی اگر در توقیف پیش از محاکمه باشد استفاده کند. لذا انکار این حق او نقض حق مشارکت سیاسی کمال به حساب می آید
(ماده ۳۳ قانون اساسی افغانستان و ماده ۲۵ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی).
.....

گفتار شانزدهم: حق تعلیم و تحصیل

قضیه: یک گروه از مردان مسلح در یک روستای کوچک به دفعات از ورود دختران به تعمیر مکتب جلوگیری کردند. اگرچه مقامات عمومی نیز از این قبیل حوادث مطلع هستند ولی هیچ عکس العملی نسبت به این اعمال نشان نمی‌دهند. آیا پاسخگویی به این اعمال جزو وظایف دولت نیست؟

الف) احکام ذیربط

ماده ۴۳ قانون اساسی افغانستان

تعلیم حق تمام اتباع افغانستان است که تا درجه لیسانس در مؤسسات تعلیمی دولتی به صورت رایگان از طرف دولت تأمین می‌گردد. دولت مکلف است به منظور تعمیم متوازن معارف در تمام افغانستان، تأمین تعلیمات متوسطه اجباری، پروگرام مؤثر طرح و تطبیق نماید و زمینه تدریس زبان‌های مادری را در مناطقی که به آنها تکلم می‌کنند فراهم کند.

ماده ۴۴ قانون اساسی افغانستان

دولت مکلف است به منظور ایجاد توازن و انکشاف تعلیم برای زنان، بهبود تعلیم کوچیان و امحای بی‌سوادی در کشور، پروگرام‌های مؤثر طرح و تطبیق نماید.

ماده ۴۵ قانون اساسی افغانستان

دولت نصاب واحد تعلیمی را، بر مبنای احکام دین مقدس اسلام و فرهنگ ملی و مطابق با اصول علمی، طرح و تطبیق می‌کند و نصاب مضامین دینی مکاتب را، بر مبنای مذاهب اسلامی موجود در افغانستان، تدوین می‌نماید.

ماده ۴۶ قانون اساسی افغانستان

تأسیس و اداره ی مؤسسات تعلیمات عالی، عمومی و اختصاصی وظیفه دولت است. اتباع افغانستان می‌توانند به اجازه دولت به تأسیس مؤسسات تعلیمات عالی، عمومی، اختصاصی و سواد آموزی اقدام نمایند. دولت می‌تواند تأسیس مؤسسات تعلیمات عالی، عمومی و اختصاصی را به اشخاص خارجی نیز مطابق به احکام قانون اجازه دهد. شرایط شمول در مؤسسات تعلیمات عالی دولتی و سایر امور مربوط به آن، توسط قانون تنظیم می‌گردد.

ماده ۲۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر

۱. هر کس حق دارد که از آموزش و پرورش (تعلیم) بهره مند شود. آموزش و پرورش لااقل تا حدودی که مربوط به تعلیمات ابتدایی و اساسی است باید مجانی باشد. آموزش ابتدایی اجباری است. آموزش حرفه‌ای باید عمومیت پیدا کند و آموزش عالی باید با شرایط تساوی کامل، به روی همه باز باشد تا همه، بنا به استعداد خود بتوانند از آن بهره مند گردند.
۲. آموزش و پرورش باید طوری هدایت شود که شخصیت انسانی هر کس را به حد اکمل رشد آن برساند و احترام به حقوق و آزادی‌های بشر را تقویت کند. آموزش و پرورش باید حسن تفاهم، گذشت و احترام عقاید مخالف و دوستی بین تمام ملل، جمعیت‌های نژادی یا مذهبی و همچنین توسعه فعالیت‌های ملل متحد را در راه حفظ صلح، تسهیل نماید.
۳. پدر و مادر در انتخاب نوع آموزش و پرورش فرزندان خود نسبت به دیگران اولویت دارند.

ماده ۱۳ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

۱. کشورهای طرف این میثاق حق هر کس را به آموزش و پرورش به رسمیت می‌شناسند. کشورهای مزبور موافقت دارند که هدف آموزش و پرورش باید رشد کامل شخصیت انسانی و احساس حیثیت آن و تقویت احترام حقوق بشر و آزادی‌های اساسی باشد. علاوه بر این کشورهای طرف این میثاق موافقت دارند که آموزش و پرورش باید کلیه ی افراد را برای ایفای نقش سودمند در یک جامعه آزاد آماده سازد و موجبات تفاهم و تساهل و دوستی بین کلیه ملل و کلیه گروه‌های نژادی-قومی یا مذهبی را فراهم آورد و توسعه فعالیت‌های سازمان ملل متحد را به منظور حفظ صلح تشویق نماید.
۲. کشورها طرف این میثاق اذعان دارند که به منظور استیفای این حق:
 - أ. آموزش و پرورش ابتدایی باید اجباری باشد و رایگان در دسترس عموم قرار گیرد.
 - ب. آموزش و پرورش متوسطه به اشکال مختلف آن از جمله آموزش و پرورش فنی-حرفه‌ای متوسطه باید تعمیم یابد و به کلیه وسایل مقتضی به ویژه به وسیله معمول کردن تدریجی آموزش و پرورش مجانی در دسترس عموم قرار گیرد.
 - ج. آموزش و پرورش عالی باید به کلیه وسایل مقتضی به ویژه معمول کردن تدریجی آموزش و پرورش مجانی به تساوی کامل براساس استعداد هر کس در دسترس عموم قرار گیرد.
 - د. آموزش و پرورش پایه (اساسی) باید حتی الامکان برای کسانی که فاقد-آموزش و پرورش ابتدایی بوده یا آن را تکمیل نکرده باشند تشویق و تشدید بشود.

ه. توسعه شبکه‌ی مدارس در کلیه مدارج باید فعالانه دنبال شود و نیز باید یک ترتیب کافی اعطاء بورس‌ها (هزینه تحصیلی) برقرار گردد و شرایط مادی (معاش) معلمان باید پیوسته بهبود یابد.

۳. کشورهای طرف این میثاق متعهد می‌شوند که آزادی والدین یا سرپرست قانونی کودکان را برحسب مورد در انتخاب مدرسه برای کودکانشان سواى مدارس دولتی محترم به شمارند مشروط بر اینکه مدارس مزبور با حداقل موازین (قواعد) آموزش و پرورش که ممکن است دولت تجویز یا تصویب کرده باشد مطابقت کند و آموزش و پرورش مذهبی و اخلاقی کودکان مطابق معتقدات شخصی والدین یا سرپرستان آنان تأمین گردد.
۴. هیچ یک از اجزای این ماده نباید به نحوی تفسیر گردد که با آزادی افراد و اشخاص حقوقی به ایجاد و اداره مؤسسات آموزشی اخلاص نماید، مشروط بر اینکه اصول مقرر در بند اول این ماده رعایت شود و تعلیماتی که در چنین مؤسساتی داده می‌شود با موازین حداقل که ممکن است دولت تجویز کرده باشد مطابقت کند.

ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

هر کشور طرف میثاق که در زمان امضای آن هنوز نتوانسته است در قلمرو اصلی خود یا دیگر سرزمین‌های تحت حاکمیت خود آموزش و پرورش ابتدایی اجباری مجانی تأمین نماید متعهد می‌شود ظرف مدت دو سال یک طرح تفصیلی تدابیر لازم برای تحقق بخشیدن تدریجی اجرای کامل اصل آموزش و پرورش اجباری مجانی برای عموم در ظرف مدت چند سالی که در خود طرح تصریح بشود تنظیم و تصویب کند.

ب) تبصره پیرامون حق تعلیم و تحصیل

ماده ۴۳ (۱) قانون اساسی افغانستان و ماده ۱۳ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی از حق تعلیم و تحصیل حمایت می‌کند. حق تعلیم از اهمیت اساسی و ویژه‌ای برای توسعه کامل شخصیت انسانی و درک کرامت افراد (ماده ۱۳ (۱) میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی) برخوردار است. دولت‌های عضو میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی موافقت کردند که تعلیم و تربیه باید همه افرادی که بطور مؤثر در در جامعه آزاد مشارکت می‌جویند را قادر سازد تا قدرت تحمل، درک و مودت و دوستی با تمام ملل و گروه‌های نژادی، قومی و مذهبی خود را بالا برده و فعالیت‌های سازمان ملل برای حفظ صلح را توسعه بخشند. بنابراین، تعلیم و تربیه برای مبارزه با فقر، تبعیض علیه زنان یا اقلیت‌ها و توسعه حقوق بشر، دموکراسی و صلح نقش حیاتی ایفاء می‌کند. تعلیم و تربیه در بسیاری از مواقع پیش‌شرط ضروری برای بهره‌مندی از دیگر حقوق به حساب می‌آید. مثلاً شخصی که قادر به خواندن و نوشتن نباشد ممکن است در یافتن شغل با مشکلات فراوانی

روبرو شده و بنابراین، در دست یافتن به استانداردهای کافی برای زندگی و یا در دفاع از خود در محاکم جنایی دچار مشکل فراوان گردد. مخصوصاً آنکه این موضوع با شرایط انسانی و اجتماعی افغانستان نیز کاملاً مطابقت دارد؛ جایی که طبق آمار سازمان ملل متحد تنها ۵۱ فیصد از مردان و ۲۱ فیصد زنان با سواد هستند.

با توجه به سه وظیفه دولت، یعنی رعایت، حمایت، و تطبیق یا اجرای حقوق افراد، سه جنبه مختلف حق تعلیم به نحو برجسته تر مورد مطالعه قرار می گیرد.^{۱۲۲}

وظیفه رعایت دولت را مکلف می کند از همه اقدامات و تدابیری که بصورت غیرضروری موجب محروم کردن اشخاص از حقوقشان می شود اجتناب کند. این اصل بویژه به شرایط غیر تبعیض آمیز جامعه نیز بر می گردد که بر اساس آن دولت نباید گروه هایی از افراد جامعه را بر مبنای معیارهایی چون جنس، نژاد و یا منشاء قومی و اجتماعی از حق تعلیم محروم کند. بنابراین ممکن است شاهد تبعیض های ناروا و شدید در ابعاد منطقه ای و اجتماعی در زمینه های آموزش و تعلیم و تربیه از سوی دولت باشیم. ماده ۴۳ (۱) قانون اساسی افغانستان آشکار می سازد که تعلیمات تا دوره لیسانس رایگان است. ماده ۱۳ (۲) (ج) میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز ایجاد امکانات برای افراد به نحو تدریجی برای کسب معلومات عالی را مورد تأکید قرار می دهد. با وجود این، یک دولت هرگز از ایجاد حداقل استانداردهای لازم برای اجراءات انتخاب و گزینش افراد جهت تحصیل در مدارج و مقاطع عالی منع نمی شود.

به علاوه، وظیفه حمایتی دولت نیز مستلزم آن است که دولت از دخالت اشخاص یا نهادهای ثالث برای بهرمندی افراد جامعه از حق تحصیلات جلوگیری بعمل آورد. افغانستان در دوره های اخیر شاهد تعداد قابل توجهی از حملات به مدارس دخترانه بوده است. حق تعلیم حکومت را ملزم می سازد تا به اندازه کافی از مدارس در برابر حملات احتمالی حمایت کرده و از اقدامات عاملان و کارگزاران خصوصی برای مداخله و ایجاد اختلال در حق برخورداری از تعلیم محصلان ممانعت به عمل آورد.

همچنین، وظیفه تطبیق و اجرا نیز دولت را مکلف می کند تا شرایط لازم از قبیل آموزش معلمان، تهیه امکاناتی همچون صنف های مناسب و مواد درسی مفید مانند کتاب های مکاتب و

¹²² تفسیر کلی، شماره ۱۳، کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، اسناد سازمان ملل متحد، E/C.12/1999/10، پاراگراف ۴۶ به بعد.

یا تخته سیاه و گچ را در مرحله نخست برای امر آموزش و تحصیل آحاد جامعه فراهم آورد. دانش آموزان افغانی همواره از کمبود ابزارهای لازم برای تأمین نیازهای تحصیلی خود در رنج بودند. از این جهت، استیفای مؤثر از حق تعلیم و تحصیل دولت باید یک نظام آموزشی ابتدایی، راهنمایی و متوسطه را ایجاد و اجرا کند.

این تعهد دولت در ماده ۴۳ (۲) قانون اساسی افغانستان (و ماده ۱۳ (۲) (د) میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی) به وضوح آمده است که خود مستلزم تلاش دولت برای ابداع و اجرای پروگرامهای مؤثر جهت انکشاف متوازن تعلیم و تربیه در سراسر افغانستان است. این شرط دولت را مکلف می کند تا بطور تدریجی و پیشرفته تعلیم و تربیه را در همه سطوح آموزشی آن در سطح کشور انکشاف دهد. لازم است دولت بر اساس ماده ۴۳ (۳) قانون اساسی افغانستان در مناطقی که به زبان های محلی آنها صحبت می شود فرصت هایی را برای تدریس زبان ها برای مردم آن نواحی فراهم آورد. این قسمت از قانون اساسی مخصوصا با حمایت از اقلیت ها نیز مطابقت می کند.

ماده ۱۳ (۲) (د) میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی این حق را به تفصیل و نه صرف برای گروپ سنی خاص، بلکه برای تعلیم و تحصیل همه سنین جامعه شرح می دهد. پروگرامهای تعلیمی باید کلان سالانی را نیز شامل شود که نتوانسته اند دوره تحصیلات ابتدایی را طی کنند. به علاوه اینکه، ماده ۴۴ قانون اساسی افغانستان نیز بر این حق برای گروه های محروم جامعه نیز تأکید می ورزد. این ماده از دولت می خواهد به منظور ایجاد توازن و انکشاف تعلیم برای زنان، بهبود تعلیم کوچیان و امحای بی سواد در کشور، پروگرامهای مؤثر طرح و تطبیق نماید. این پروگرامهای تعلیمی باید مخصوصا به نحوی طراحی شوند تا نیاز خاص گروه های مذکور را را مد نظر گرفته و تأمین کنند.

ماده ۴۲ (۲) قانون اساسی افغانستان دولت را مکلف می کند تا تعلیمات متوسطه اجباری را هماهنگ با ماده ۱۳ (۲) (أ) میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی که لازمه آن نیز تعلیمات آزاد و اجباری دوره ابتدایی است، را تهیه و تدارک ببیند. بنابراین، شرایط لازم برای تعلیمات اجباری نیز دولت را مجبور می سازد تا بطور فعال از نام نویسی همه محصلان در مکاتب مناطق مربوطه خود حمایت بعمل آورده و بر حسن انجام آن نظارت کند.

از این خاطر، تعلیم محصلان موضوعی نیست که مسئولیت آن صرفا بر عهده والدین باشد. با وجود این، ماده ۱۳ (۳) میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بر وظیفه دولت جهت احترام به والدین برای انتخاب یک مکتب و آموزش اخلاقی و مذهبی فرزندانشان

مطابق با اعتقادات خویش تأکید می‌کند.

ماده ۴۵ قانون اساسی افغانستان نیز بر محتوای مضامین تعلیمی تأکید کرده و از دولت می‌خواهد تا یک پروگرام تعلیمی واحد مبتنی بر احکام دین مقدس اسلام، فرهنگ ملی و مطابق با اصول علمی ابداع و به مورد اجرا بگذارد.

بنابراین کلیه وظایف و مسئولیت‌ها باید مطابق با اصول برابری و رفع تبعیض بنا گذاشته شود.

ماده ۹ اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام مجدداً بر این حق تحصیل و سواد آموزی تصریح نموده و اعلام می‌دارد که:

«الف) طلب علم یک فریضه است و آموزش یک امر واجب است بر جامعه و دولت، و بر دولت لازم است که راه‌ها و وسائل آن را فراهم نموده و متنوع بودن آن را به گونه‌ای که مصلحت جامعه را برآورد، تأمین نماید و به انسان فرصت دهد که نسبت به دین اسلام و حقایق هستی معرفت حاصل کند و آن را برای خیر بشریت به کار گیرد. ب) حق هر انسانی است که مؤسسات تربیتی و توجیهی مختلف از خانواده و مکتب و پوهنتون گرفته تا دستگاه‌های تبلیغاتی و غیره که کوشش در جهت پرورش دینی و دنیوی انسان می‌نماید، برای تربیت کامل و متوازن او تلاش کنند و شخصیتش را پرورش دهند؛ به گونه‌ای که ایمانش به خدا و احترامش به حقوق و وظایف و حمایت از آن فراهم شود.»

قضیه: تعلیم باید در همه مناطق افغانستان، با توجه به تفاوت‌های جنسیتی در اختیار همه شهروندان کشور قرار گیرد (ماده ۲۲ و ۴۳ قانون اساسی افغانستان). دولت باید فرصت‌های برابری را برای همه تدارک دیده و دیگران (طرف ثالث) را از دخالت در حق تعلیم و تربیت مردم جامعه باز دارد. وظیفه حمایت از این حق نیز تحت قوانین داخلی و بین‌المللی بخوبی انجام گرفته و از پولیس می‌خواهد از دختران در مقابل گروه‌های مردان مسلح حمایت کرده و برای آنها فرصت‌های مساوی برای حضور در سر صنف‌های درس مکاتب فراهم شود. بنابراین قصور در پاسخگویی به این نیاز موجب نقض حق تحصیل دختران می‌شود.

گفتار هفدهم: حق کار کردن

.....
قضیه: قانونی جدید برای مبارزه با فقر و بیکاری وضع شده است. این قانون مردان بیکار را وادار می‌سازد در مکان‌های ساختمانی عمومی کار کنند. در اینجا افراد بیمار، ناتوان و مسن از الزامات مذکور در این قانون استثناء شده و کارهای دیگری برای آنها در نظر گرفته شده است. آیا این یک قانون مطابق به قانون اساسی است؟
.....

الف) احکام زیربط

ماده ۴۸ قانون اساسی افغانستان

کار حق هر افغان است.

تعیین ساعات کار، رخصتی با مزد، حقوق کار و کارگر و سایر امور مربوط به آن توسط قانون تنظیم می‌گردد.

انتخاب شغل و حرفه، در حدود احکام قانون، آزاد می‌باشد.

ماده ۴۹ قانون اساسی افغانستان

تحمیل کار اجباری ممنوع است.

سهم‌گیری فعال در حالت جنگ، آفات و سایر حالات جنگ، آفات و سایر حالاتی که حیات و آسایش عامه را تهدید کند، از وجایب ملی هر افغان می‌باشد.

تحمیل کار بر اطفال جواز ندارد.

ماده ۲۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر

۱. هر کس حق دارد کار کند، کار خود را آزادانه انتخاب نماید، شرایط منصفانه و رضایت بخشی برای کار خواستار باشد و در مقابل بیکاری مورد حمایت قرار گیرد.
۲. همه حق دارند که بدون هیچ تبعیضی در مقابل کار مساوی، اجرت مساوی دریافت دارند.
۳. هر کس که کار می‌کند به مزد منصفانه و رضایت بخشی ذیحق می‌شود که زندگی او و خانواده‌اش را موافق شئون انسانی تأمین کند و آن را در صورت لزوم با هر نوع وسایل دیگر حمایت اجتماعی، تکمیل نماید.
۴. هر کس حق دارد که برای دفاع از منافع خود با دیگران اتحادیه تشکیل دهد و در اتحادیه‌ها نیز شرکت نماید.

ماده ۲۴ اعلامیه جهانی حقوق بشر

هر کس حق استراحت و فراغت و تفریح دارد و به خصوص به محدودیت معقول ساعات کار و مرخصی‌های ادواری، با اخذ حقوق (معاش) ذیحق می‌باشد.

ماده ۸ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

۱. هیچ کس را نمی‌توان در برده‌گی نگاه داشت. برده‌گی و خرید و فروش برده بهر نحوی از انحاء ممنوع است.
۲. هیچ کس را نمی‌توان در بنده‌گی نگاه داشت.
۳. ...
- أ. هیچ کس به انجام اعمال شاقه یا کار اجباری وادار نخواهد شد.
- ب. شق الف بند ۳ را نمی‌توان چنین تفسیر کرد که در کشورهایی که بعضی از جنایات قابل مجازات با اعمال شاقه است مانع اجرای مجازات اعمال شاقه مورد حکم صادره از دادگاه صالح بشود.
- ج. «اعمال شاقه یا کار اجباری» مذکور در این بند شامل امور زیر نیست:
 - i. هر گونه کار یا خدمات ذکر نشده در شق «ب» که متعارفاً به کسی که به موجب یک تصمیم قضایی قانونی زندانی است یا به کسی که موضوع چنین تصمیمی بوده و در حال آزادی مشروط باشد تکلیف می‌گردد.
 - ii. هر گونه خدمت نظامی و در کشورهایی که امتناع از خدمت وظیفه به سبب محظورات وجدانی به رسمیت شناخته شده است هر گونه خدمت ملی که به موجب قانون به امتناع کنندگان وجدانی تکلیف می‌شود.
 - iii. هر گونه خدمتی که در موارد قوه قهریه (فرس ماژور) یا بلیاتی که حیات یا رفاه جامعه را تهدید می‌کند تکلیف بشود.
 - iv. هر کار یا خدمتی که جزئی از الزامات مدنی (اجتماعی) متعارف باشد.

ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

۱. کشورهای طرف این میثاق حق کار کردن را که شامل حق هر کسی است به اینکه فرصت یابد به وسیله و کاری که آزادانه انتخاب یا قبول می‌نماید معاش خود را تأمین کند- به رسمیت می‌شناسند و اقدامات مقتضی برای حفظ این حق معمول خواهند داشت.
۲. اقداماتی که کشورهای طرف این میثاق به منظور تأمین اعمال کامل این حق به عمل خواهند آورد باید شامل رهنمایی و تربیت فنی و حرفه‌ای و طرح برنامه‌ها و خط مشی‌ها و تدابیر فنی باشد که از لوازم تأمین توسعه مداوم اقتصادی-اجتماعی و فرهنگی و اشتغال تام و مولد است، تحت شرایطی که آزادی‌های اساسی سیاسی و اقتصادی را برای افراد حفظ نماید.

ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

- کشورهای طرف این میثاق حق هر کس را به تمتع از شرایط عادلانه و مساعد کار که به ویژه متضمن مراتب زیر باشد به رسمیت می‌شناسند:
- أ. اجرتی که لااقل امور ذیل را برای کلیه کارگران تأمین نماید:

- i. مزد منصفانه و اجرت مساوی برای کار با ارزش مساوی بدون هیچ نوع تمایز به ویژه اینکه زنان تضمین داشته باشند که شرایط کار آنان پایین تر از شرایط مورد استفاده مردان نباشد و برای کار مساوی مزد مساوی با مردان دریافت دارند؛
- ii. مزایای کافی برای آنان و خانواده‌شان طبق مقررات این میثاق،
- ب. ایمنی و بهداشت کار.
- ج. تساوی فرصت برای هر کسی که بتواند در خدمت خود به مدارج مناسب عالی تری ارتقاء یابد بدون در نظر گرفتن هیچ گونه ملاحظات دیگری جز طول مدت خدمت و لیاقت.
- د. استراحت، فراغت و محدودیت معقول ساعات کار و رخصتی با استفاده از حقوق و همچنین مزد ایام تعطیل رسمی.

ماده ۸ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

۱. کشورهای طرف این میثاق متعهد می‌شوند که مراتب زیر را تضمین کنند؛
 - ا. حق هر کس به اینکه به منظور پیشبرد و حفظ منابع اقتصادی و اجتماعی خود با رعایت مقررات سازمان ذیربط مبادرت به تشکیل اتحادیه نماید و به اتحادیه مورد انتخاب خود ملحق شود. اعمال این حق را نمی‌توان تابع هیچ محدودیتی نمود مگر آنچه که به موجب قانون تجویز شده و در یک جامعه دموکراتیک برای مصالح امنیت ملی یا نظم عمومی یا حفظ حقوق و آزادی‌های افراد دیگر ضرورت داشته باشد.
 - ب. حق اتحادیه‌ها (سندیکاها) که به تشکیل فدراسیون‌ها یا کنفدراسیون‌های ملی و حق کنفدراسیون‌ها به تشکیل سازمان‌های سندیکایی بین‌المللی یا الحاق به آنها.
 - ج. حق اتحادیه (سندیکاها) که آزادانه به فعالیت خود مبادرت نمایند بدون هیچ محدودیتی جز آنچه به موجب قانون تجویز شده و در یک جامعه دموکراتیک برای مصالح امنیت ملی یا نظم عمومی یا برای حفظ حقوق و آزادی‌های دیگران ضرورت داشته باشد.
 - د. حق اعتصاب مشروط به اینکه با رعایت مقررات کشور مربوط اعمال شود.
۲. این ماده مانع از آن نخواهد بود که افراد نیروهای مسلح یا پولیس یا مقامات اداری دولت در اعمال این حقوق تابع محدودیت‌های قانونی بشوند.
۳. هیچ یک از مقررات این ماده کشورهای طرف مقاوله‌نامه ۱۹۴۸ سازمان بین‌المللی کار مربوط به آزادی سندیکایی و حمایت از حق سندیکایی را مجاز نمی‌دارد که با اتخاذ تدابیر قانون گذاری یا نحوه اجرای قوانین به تضمینات مقرر در مقاوله‌نامه ی مزبور لطمه‌ای وارد آورند.

ب) تبصره پیرامون حق کار

ماده ۴۸ (۱) قانون اساسی افغانستان و ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی از حق کار حمایت به عمل می‌آورند. زنده‌گی همه افراد جامعه بسته‌گی به میزان ترقی و پاداش کاری دارد که به منظور کسب ابزارهای لازم زندگی و نیل به وحدت و یکپارچگی اجتماعی و اقتصادی و نیز مشارکت فعالانه در جامعه انجام می‌دهند. حق کار بطور همزمان هم یک حق اقتصادی و هم یک حق اجتماعی است که نقش حیاتی در استقرار عدالت اجتماعی و صلح و آرامش ایفاء می‌کند.^{۱۲۳}

ساحه حمایت از حق کار مصرحه در ماده ۴۳ (۱) قانون اساسی افغانستان. ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی همه فعالیت‌های وابسته و مستقل اقتصادی را شامل شده، تا بتوان به یک سطحی از اشتغال و و امرار معاش دست یافت. با وجود این، ایجاد یک کار و شغل نه به حیث یک نوع مدیریت صرف وضعیت مالی شخصی، همواره مورد حمایت قرار گرفته است. به علاوه ماده ۴۳ (۳) قانون اساسی افغانستان و ماده ۶ (۱) میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز آشکارا حق شخصی انتخاب آزادانه و قبول یک کار و مسئولیت با اراده فرد را مورد حمایت قرار می‌دهند.

در این رابطه، دولت همچون همه موارد حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی موظف به رعایت، حمایت و اجراء و تطبیق حق کار بدون هرگونه تبعیضی بوده و بنا بر این ناگزیر هستیم این حق را در ارتباط با ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان و ماده ۳ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مورد مرور و بررسی مجدد قرار دهیم.

ابتدا اینکه دولت باید از دخالت در حق کار پرهیز کند. به علاوه اینکه این دولت موظف است از مداخله اشخاص و یا گروه‌های ثالث نیز در این حق جلوگیری به عمل آورند. لذا این وظیفه را دولت می‌تواند با وضع قوانین عادی لازم برای حمایت از کارگران در برابر برخی سیاست‌های تبعیض آمیز و انحصاری خاص از سوی شرکت‌های استخدامی و اتحادیه‌های تجاری محقق سازد.

مضافاً اینکه دولت موظف است شرایط کار و نحوه ارتقای شغلی را تسهیل کرده و آن را ارتقاء بخشد. بر اساس ماده ۶ (۲) میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی دولت

¹²³ CIA Fact Book, Afghanistan, <http://www.cia.gov/cia.publications/factbook/geos/af.html>

ملزم است سیاست‌ها و خط‌مشی‌ها و تکنیک‌هایی برگزیده و اجرا کند تا بتواند به یک انکشاف متوازن و مداوم اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و نیز اشتغال کامل و سازنده در سطح جامعه نائل آید. اما ممکن است بتوانیم به همه تعهدات مصرح در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بصورت تدریجی برسیم. ماده ۲ (۱) میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی حاکی از آن است که:

«هر کشور طرف این میثاق متعهد می‌گردد به سعی و اهتمام خود و از طریق همکاری و تعاون بین‌المللی به ویژه در طرح‌های اقتصادی و فنی با استفاده از حداکثر منابع موجود خود به منظور تأمین تدریجی اعمال کامل حقوق شناخته شده در این میثاق با کلیه وسائل مقتضی به خصوص با اقدامات قانون گذاری اقدام نمایند.»

با وجود این، دولت‌ها سریعاً ملزم به اتخاذ تدابیر خاص در این رابطه هستند.^{۱۲۴} دولت‌ها مجبور هستند منابع کافی را جهت کاهش بیکاری در جامعه اختصاص دهند. به همین منظور، دولت‌ها ناگزیرند از برخی ملاحظات دوراندیشانه حاشیه‌ای نیز برخوردار باشند. مضافاً ماده ۶ (۲) میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی از دولت‌ها می‌خواهد تا راهنماها و برنامه‌های آموزشی فنی و شغلی را برای این کار تهیه و تدارک ببینند. اینکه اتخاذ این تدابیر تا چه حد و اندازه‌ای به موجب ماده ۴۳ (۱) قانون اساسی افغانستان الزامی است هنوز روشن و واضح نمی‌باشد و منوط به انکشاف قانون اساسی و مباحث مربوط به آن است. اما می‌توان تصور کرد که ماده ۴۳ (۱) قانون اساسی افغانستان نیز در برگیرنده الزاماتی باشد که دولت باید بر اساس آن حداقل برخی موارد خاص نظیر تدارک و تهیه یک بنای عمومی برای افراد معلول را بر عهده بگیرد به نحوی که در صورت عدم دسترسی به یک محیط کار مناسب حال خود، بتواند به آن مکان دسترسی داشته باشند.

جنبه دیگر حق کار، تنظیم یک مجموعه شرایط و مقررات کاری است. فقط ماده ۴۳ (۲) قانون اساسی افغانستان مصرانه از دولت می‌خواهد تا قوانین مربوط به ساعات کار، موارد پرداخت معاش در روزهای تعطیل و روزهای کاری را وضع کند، درحالی که ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز حداقل استانداردهای مرتبط با دادن معاش، شرایط سالم و ایمنی کار، برخورداری از فرصت‌های برابر رشد شغلی، زمان استراحت، تفریح و محدودیت‌های کاری منطقی را به تفصیل شرح داده است.

¹²⁴ تفسیر کلی، نمبر ۱۸، کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، اسناد سازمان ملل متحد، E/C.12/GC/18، پاراگراف ۱۹.

ماده ۱۳ اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام نیز این حداقل استانداردها را متناسب با جامعه اسلامی اینگونه تشریح و معرفی می کند که:

«کار حقی است که باید دولت و جامعه برای هرکسی که قادر به انجام آن است، تضمین کند. و هر انسانی آزادی انتخاب کار شایسته را دارد به گونه ای که هم مصلحت خود و هم مصلحت جامعه برآورده شود. هر کارگری حق دارد از امنیت و سلامت و دیگر تامین های اجتماعی برخوردار باشد و نباید او را به کاری که توانش را ندارد واداشت یا او را به کاری اکراه نمود یا از او بهره کشی کرد یا به او زیان رساند و هر کارگری بدون فرق میان مرد و زن، حق دارد که مزد عادلانه در مقابل کاری که ارائه می کند سریعاً دریافت نماید و نیز حق استفاده از رخصتی ها و پاداش ها و ترفیعات استحقاقی را دارد و در عین حال موظف است که در کار خود اخلاص و درستکاری داشته باشد و اگر کارگران با کارفرمایان اختلاف پیدا کردند دولت موظف است برای حل این اختلاف و از بین بردن ظلم و اعاده حق و پابندی به عدل بدون این که به نفع طرفی عدول کند، دخالت نماید.»

.....
قضیه: تحمیل یک کار به یک کارگر ساختمانی دخالت در حق کارکردن او بشمار می آید. زیرا، این عمل کار بخصوصی را به یک فرد خاص تحمیل می کند و از این جهت، قانون منع کار اجباری مصرح در ماده ۴۹ قانون اساسی افغانستان را نقض می کند. (تفسیر کلی، شماره ۱۸، کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، اسناد سازمان ملل متحد، E/C.12/GC/18 پاراگراف ۶). بنابر این، این قانون جدید مغایر با قانون اساسی است.
.....

گفتار هجدهم: حق برخورداری از صحت

الف) احکام ذیربط

ماده ۵۲ قانون اساسی افغانستان

۱. دولت وسایل وقایه و علاج امراض و تسهیلات صحی رایگان را برای همه اتباع مطابق به احکام قانون تأمین می نماید.
۲. تأسیس و توسعه خدمات طبی و مراکز صحی خصوصی را مطابق به احکام قانون تشویق و حمایت می کند.
۳. دولت به منظور تقویت تربیت بدنی سالم و انکشاف ورزش های ملی و محلی تدابیر لازم اتخاذ می نماید.

ماده ۵۳ قانون اساسی افغانستان

۱. دولت به منظور تنظیم خدمات طبی و مساعدت مالی برای بازماندگان شهدا و مفقودین و برای بازتوانی معلولین و معیوبین و سهم گیری فعال آنان در جامعه، مطابق به احکام قانون، تدابیر لازم اتخاذ می نماید.
۲. دولت حقوق متقاعدین را تضمین نموده، برای کهن سالان، زنان بی سرپرست، معیوبین و معلولین و ایتم بی بضاعت مطابق به احکام قانون کمک لازم به عمل می آورد.

ماده ۲۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر

۱. هر کس حق دارد که سطح زندگانی او، صحت و رفاه خود و خانواده اش را از حیث خوراک و مسکن و مراقبت های طبی و خدمات لازم اجتماعی تأمین کند و همچنین حق دارد که در مواقع بیکاری، بیماری، نقص اعضاء، بیوه گی، پیری یا در تمام موارد دیگری که به علل خارج از اراده انسان، وسایل امرار معاش از بین رفته باشد، از شرایط آبرومندانه زندگی برخوردار شود.
۲. مادران و اطفال حق دارند که از کمک و مراقبت مخصوصی بهره مند شوند. اطفال چه بر اثر ازدواج و چه بدون ازدواج به دنیا آمده باشند، حق دارند که همه از یک نوع حمایت اجتماعی برخوردار شوند.

ماده ۱۲ میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

۱. کشورهای طرف این میثاق حق هر کس را به تمتع از بهترین حال صحت جسمی و روحی ممکن الحصول به رسمیت می شناسد.
۲. تدابیری که کشورهای طرف این میثاق برای تأمین استیفای کامل این حق اتخاذ خواهند کرد شامل اقدامات لازم برای تأمین امور ذیل خواهد بود:

- ا. تقلیل میزان مرده متولد شدن اطفال - مرگ و میر اطفال و رشد سالم آنان.
- ب. بهبود بهداشت محیط و بهداشت صنعتی از جمیع جهات.
- ج. پیشگیری و معالجه امراض همه گیر- بومی - حرفه‌ای و سایر امراض، همچنین مبارزه علیه این بیماری‌ها.
- د. ایجاد شرایط مناسب برای تأمین مراجع طبی و کمک‌های طبی برای عموم در صورت ابتلاء به مرض.

ب) تبصره پیرامون حق برخورداری از صحت

برخورداری از صحت پیش شرط برخورداری از دیگر حقوق بشری است. شخص بیمار به سختی قادر به شرکت در انتخابات و یا رفتن به سر کار است. از میان همه حقوق، حق برخورداری از صحت به حق برخورداری از دیگر حقوق بشری نظیر حق برخورداری از کرامت انسانی، حق حیات، حق صحت جسمی، حق منع شکنجه و یا حق برخورداری از استانداردهای کافی زندگی نزدیک است.

در حالی که ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی از حق صحت هر کسی در بالاترین استاندارد قابل دسترس آن حمایت می‌کند و مراحل دقیق و رابطه کامل با این حق را تعریف و تشریح می‌کند، ماده ۵۲ (۱) قانون اساسی افغانستان در اندیشه بیان شرایط خدمات بهداشتی و خدمات طبی و درمانی است. اما، ماده ۵۲ (۱) قانون اساسی افغانستان شامل یک حق لازم الاجرا و فردی است.

در اینجا حق صحت موضوع ماده ۱۲ (۱) میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به عنوان یک حق برخورداری از صحت و تندرستی فهم و ادراک نمی‌شود.^{۱۲۵} بلکه شامل مفهومی از آزادی فردی برای کنترل و نظارت بر بهداشت شخصی و فیزیکی خود و نیز به معنی فارغ از هر گونه موارد مداخله غیر مجاز، همچون درمان اجباری و انجام آزمایشات بر فرد بدون رضایت او می‌باشد. بعلاوه اینکه همین افراد نیز مستحق تهیه و تدارک همه نوع کالا، خدمات و شرایطی هستند که بسته به ضرورت‌های بدنی و اجتماعی و اقتصادی‌شان آنها را مجاز می‌شناسد تا به بالاترین استاندارد قابل حصول در صحت دست یابند. همچنین در ماده ۵۲ (۱) قانون اساسی نیز به این حق اشاره شده است به گونه‌ای که همه شهروندان افغانستان را مستحق برخورداری از هر گونه وسایل و قایبوی صحی و مراقبتی، درمان‌های طبی و برخورداری

¹²⁵ تفسیر کلی، شماره ۱۴، کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، اسناد سازمان ملل متحد، E/C.12/GC/18، پاراگراف ۸.

از تسهیلات خاص بهداشتی می شناسد. همچنین ماده ۵۲ (۲) دولت را ملزم می سازد تا از ایجاد و انکشاف مرکز خدمات طبی، صحتی و درمانی را مطابق قانون مورد تشویق و حمایت قرار دهد.

از این گذشته، دولت همچنین مجبور است از گروه های آسیب پذیر در مقابل مداخله دیگران (طرف های ثالث) در حقوق بهداشتی و صحت آنها حمایت به عمل آورد. به عنوان مثال، حقوق زنان و اطفال در رابطه به صحت و تندرستی نه تنها شامل دسترسی برابر آنها به کالا و خدمات بهداشتی و درمانی می شود، بلکه باید از آنها در برابر خشونت های داخلی خانواده ها و آداب و رسوم سنتی خطرناک نیز حمایت کرد.

علاوه بر این، امکان دسترسی به این قبیل کالا، خدمات و تسهیلات بهداشتی و درمانی باید به میزان کافی و باکیفیت و قابلیت دسترسی مناسب برای همگان مهیا و آماده شود. قابلیت دسترسی در اینجا یعنی دستیابی فیزیکی به این قبیل امکانات که از میان آنها می توان به تأمین نیازهای مخصوص افراد معلول جسمی، دسترسی اقتصادی، تأمین نیازهای اجتماعی افراد بیکار، اقلیت ها، محبوسان و افراد در توقیف یاد کرد.

ماده ۵۳ (۱) قانون اساسی افغانستان نیز بر ضرورت تهیه و تدارک خدمات طبی و حمایت مالی از بازماندگان و خانواده های شهدا، مفقودالاثرا، معلولین و معیوبین و نیز حمایت اجتماعی از آنها برای بازپذیری اجتماعی شان تأکید فراوان دارد. ماده ۵۳ (۲) قانون اساسی حقوق و مزایای متقاعدین، افراد بی بضاعت، معیوبین و معلولین را تضمین کرده و دولت را مجاب می سازد تا امداد رسانی و کمک به کهنسالان نیازمند، زنان بدون سرپرست و یتیمان نیازمند را طبق قانون به عهده بگیرد.

سرانجام اینکه، دولت ها مجبورند خط مشی و سیاست های ملی بهداشتی و درمانی و یک سیستم (نظام) ملی شامل طرح های مفصل، اهداف و معیارها و نشانه ها را به عنوان یک حداقل دسترسی به آذوقه ضروری، پناه گاه اصلی، دواهای اساسی برای همه افراد جامعه و نیز اطلاعات و برنامه های بهداشتی و صحت را ایجاد کنند.

ماده ۱۷ اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام بر همه مسئولیت ها و وظایف فوق الذکر صحه گذاشته و مقرر می کند:

«أ) هر انسانی حق دارد که در یک محیط پاک و مبرا از مفاسد و بیماری های اخلاقی به گونه ای که بتواند در آن خود را از لحاظ معنوی بسازد زندگی کند؛ جامعه و دولت نیز موظفند این حق را برای او فراهم کنند؛ ب) دولت و جامعه موظف اند که برای هر انسانی تأمین بهداشتی و اجتماعی را از طریق ایجاد مراکز

عمومی مورد نیاز برحسب امکانات موجود، فراهم نمایند؛ ج) دولت مکلف است حق هر انسانی را در زندگی شرافت‌مندانه‌ای که بتواند از طریق آن مایحتاج خود و خانواده‌اش را برآورده سازد و شامل خوراک و پوشاک و مسکن و تعلیم و تربیه و درمان طبی و سایر نیازهای اساسی می‌شود تأمین نماید.»

فصل چهارم: مکانیزم‌های تطبیق حقوق اساسی و بشری

این فصل به بررسی کلی مکانیزم‌های (سازوکارهای) تطبیق حقوق اساسی و بشری در هر دو سطح ملی و بین‌المللی می‌پردازد. اجرای این حقوق در سطح بین‌المللی با تطبیق و اجرای حقوق داخلی بسیار متفاوت است. در حالی که ما در سطح ملی و داخلی دارای قانون‌گذاران و ارگانهای مجری قانون نظیر پولیس می‌باشیم، که آنها را در پروسه‌ای دموکراتیک انتخاب کرده‌ایم، موضوعات حقوق بین‌المللی در این خصوص، کشورهای مقتدر و متساوی‌الحقوق هستند. فقدان یک اقتدار و یا سلطه فراگیر (در داخل)، تطبیق این حقوق در سطح بین‌المللی را به یک عمل شاق و دشوار بدل خواهد کرد؛ با وجود این، تطبیق قوانین ملی و بین‌المللی حقوق بشری محور اصلی عمل هر نظام مؤثر و کارآمد حافظ و ضامن حقوق بشری است.^{۱۲۶} مکانیزم‌ها و سازوکارهای تطبیق حقوق بشر شخص را توانا می‌سازد تا از حقوق اساسی و انسانی خود در برابر تجاوز و تعدی غیرقانونی و خودسرانه دفاع کرده و دولت را مجبور کند که به وظیفه خود برای رعایت، حمایت، و تطبیق حقوق او عمل کند.

¹²⁶ R. L. Maddex, *International Encyclopedia of Human Rights, Freedom Abuses, and Remedies*, Washington D.C. 2000, 123.

گفتار یکم: مکانیزم‌های تطبیق حقوق بشر در سطح ملی

الف) احکام ذیربط

ماده ۵۱ قانون اساسی افغانستان

هر شخص که از اداره بدون موجب متضرر شود مستحق جبران خساره می باشد و می تواند برای حصول آن در محکمه دعوا اقامه کند. به استثنای حالاتی که در قاتون تصریح گردیده است، دولت نمی تواند بدون حکم محکمه با صلاحیت به تحصیل حقوق خود اقدام کند.

ماده ۵۸ قانون اساسی افغانستان

دولت به منظور نظارت بر رعایت حقوق بشر در افغانستان و بهبود و حمایت از آن، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان را تاسیس می نماید. هر شخص می تواند در صورت نقض حقوق بشری، به این کمیسیون شکایت نماید. کمیسیون می تواند موارد نقض حقوق بشری افراد را به مراجع قانونی راجع سازد و در دفاع از حقوق آنها مساعدت نماید. تشکیل و طرز فعالیت این کمیسیون توسط قانون تنظیم می گردد.

ماده ۲ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

۱. دولت های طرف این میثاق متعهد می شوند که حقوق شناخته شده در این میثاق را در باره کلیه افراد مقیم در قلمرو و تابع حاکمیتشان بدون هیچ گونه تمایزی از قبیل نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا عقیده دیگر، اصل یا منشاء ملی یا اجتماعی، ثروت، نسب یا سایر وضعیت ها محترم شمرده و تضمین بکنند.
۲. هر دولت طرف این میثاق متعهد می شود که بر طبق اصول قانون اساسی خود و مقرات این میثاق اقداماتی در زمینه اتخاذ تدابیر قانون گذاری و غیر آن به منظور تنفید حقوق شناخته شده در این میثاق که قبلا به موجب قوانین موجود یا تدابیر دیگر لازم الاجرا نشده است به عمل آورد.
۳. هر دولت طرف این میثاق متعهد می شود که:
 - أ. تضمین کند که برای هر شخصی که حقوق و آزادی های شناخته شده در این میثاق در باره او نقض شده باشد وسیله مطمئن احقاق حق فراهم بشود هر چند که نقض حقوق به وسیله اشخاصی ارتکاب شده باشد که در اجرای مشاغل رسمی خود عمل کرده باشند.

ب. تضمین کند که مقامات صالح قضایی، اداری یا مقننه و یا هر مقام دیگری که به موجب مقررات قانونی آن کشور صلاحیت دارد در باره شخص دادخواست دهنده احقاق حق بکند و همچنین امکانات تظلم به مقامات قضایی را توسعه بدهند.
ج. تضمین کند که مقامات صالح نسبت به تظلماتی که حقانیت آن محرز بشود ترتیب اثر صحیح دهند.

ب) تفسیر پیرامون مکانیزم‌های تطبیق در سطح ملی

تمام قوای دولتی، نهادها و مقامات دولتی در هر سه شعبه آن به وسیله ضرورت رعایت حقوق اساسی و حقوق بشر مقید و متعهد می باشند. تعهد به رعایت و حفاظت از حقوق اساسی و بشری شامل تعهد به جبران زیان‌های قربانیان نقض حقوق بشر و اصلاح و جبران چنین تعدیاتی می‌باشد.

۱. تأثیر قواعد بین‌المللی ناظر به تطبیق این حقوق در ساحه ملی

افغانستان به هنگام الحاق به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی خود را متعهد نموده است که

«تضمین کند برای هر شخصی که حقوق و آزادی‌های شناخته شده در این میثاق در باره او نقض شده باشد، وسیله مطمئن احقاق حق فراهم شود؛ هر چند که نقض حقوق به وسیله اشخاصی ارتکاب شده باشد که در اجرای مشاغل رسمی خود عمل کرده باشند.»^{۱۲۷}

همچنین، دولت افغانستان باید

«...ب) تضمین کند که مقامات صالح قضایی، اداری یا مقننه و یا هر مقام دیگری که به موجب مقررات قانونی آن کشور صلاحیت دارد در باره شخص دادخواست دهنده (شاکی) احقاق حق بکند و همچنین امکانات تظلم به مقامات قضایی را توسعه بدهد.»^{۱۲۸}

سرانجام اینکه مقامات صلاحیت‌دار داخلی ملزم باشند که

«تضمین کنند که مقامات صالح نسبت به تظلماتی که حقانیت آن محرز بشود ترتیب اثر صحیح دهند.» (ماده ۲ (۳) (ج) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی).
ماده ۲ (۳) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی اصول کلی حقوق بین‌الملل را در خود جای

¹²⁷ ماده ۲ (۳) (أ) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی.

¹²⁸ ماده ۲ (۳) (ب) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی.

داده است که بر اساس آن حمایت خاص از فرد در مقابل موارد نقض حقوق او، ابتدائاً و اصولاً، جزو تکالیف و تعهدات داخلی کشورهاست.^{۱۲۹} تعهد به استفاده از تمام تدابیر داخلی برای جبران ضرر و زیان، پیش از توسل به مکانیزم‌های بین‌المللی، انعکاس‌دهنده همین اصل کلی و عام است. به هر حال، جبران ضرر و زیان در ساخه ملی و داخلی باید مؤثر باشد.^{۱۳۰}

وظیفه تضمین حقوق بشر یک وظیفه مثبت است که دولت را ملزم می‌کند اقدامات مفیدی برای جبران مؤثر موارد نقض حقوق بشری را انجام دهد.

همه کسانی که از جبران خسارت فایده و استفاده‌ای می‌برند، حق دارند که یک مقام صلاحیت‌دار داخلی در رابطه به این موضوع (برای آنها) تصمیم اتخاذ کند. از آنجا که این مقام می‌تواند در عین حال که یک ارگان اداری، تقنینی و یا قضایی باشد، دولت نیز مکلف است به جبران خسارت از طریق رسیدگی‌های قضایی اولویت دهد.^{۱۳۱} بنابراین، حق دسترسی به دادگاه و قانون باید برای همه افراد تحت حاکمیت دولت هم در قانون و هم در عمل تضمین و تأمین شود.

اشکال جبران مؤثر خسارت شامل جبران غرامت، تضمین مسئولیت عمومی، اجرا و انجام تحقیقات جزایی نسبت به نقض حقوق بشر و تعقیب مرتکب و مسئول آن است. چنانچه نقض حقوق بشر از سوی قانون‌گذار صورت گرفته باشد، در این صورت حکومت دولت عضو میثاق‌های بین‌المللی ملزم است تا قانون‌گذار را جهت اصلاح قانون مربوطه تحت فشار قرار دهد. نمونه‌هایی از نقض این حق جبران خسارت شامل قصور در ایجاد اجراءات و رویه‌های کافی جهت شکایت در باره آن موضوع، یا عدم ایجاد پروسه لازم برای دریافت خسارت‌های ناشی از آن موضوع، کشتار توسط نیروهای امنیتی؛ عدم تفحص و تحقیق در باره سوء رفتارهای ارتكابی از سوی نیروهای امنیتی؛ عدم ایجاد اجراءات مربوط به شکایت از قطع مکالمات تلفنی؛ قصور در تهیه و ارائه امکانات جبران خسارت برای افرادی که به سبب وابستگی به ادیان و آیین‌های خاص از ادامه تحصیل معلق (محروم) گردیده‌اند، می‌شود.

به علاوه، اینکه ضرورت یک برنامه جبرانی مؤثر دولت را ملزم می‌کند زمانی که مقام

¹²⁹ M. Novak, *U.N. Covenants on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2nd ed. Kehl 2005, Art. 2 para 56.

¹³⁰ مصلحت‌اندیشی نامحدود یک ارگان سیاسی جهت اعطای عفو نمونه‌ای از جبران غیر مؤثر ضرر و زیان‌هاست.

¹³¹ M. Novak, *U.N. Covenants on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2nd ed. Kehl 2005, Art. 2 para 59.

صلاحیت‌دار داخلی اقدام به تأمین هزینه‌های جبران خسارت نمود، آن را پرداخت کند. بدون چنین تطبیق و تعمیلی، جبران مؤثر خسارات صورت نمی‌گیرد. این تعهد در ماده ۲ (۳) (ز) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مورد تأکید قرار گرفته است.

نقض حقوق بشر اغلب از طریق نقص در رسیدگی قضایی و فیصله‌های مراجع ابتدایی و مقدماتی صورت می‌گیرد؛ یعنی مراجعی که از تأیید و تصدیق ساحه‌ حمایت از حقوق بشر و اهمیت و ارزش آن در پروسه بررسی قضایی موارد نقض این حقوق خودداری می‌کنند. در این حالت، تطبیق فیصله‌های محاکم عالی برای جبران نقض حقوق بشر بسیار ضروری است. در قضیه‌هایی که نقض این حقوق از طرف قانون‌گذار صورت گرفته باشد، محکمه یا خود قوه تقنینیه باید آن قانون را لغو کند. بسیاری از این حقوق نقض شده را می‌توان از طریق ابلاغ دستور و یا برخی اقدامات اداری دیگر مانند آزاد کردن فردی که به صورت خودسرانه بازداشت شده است، صدور مجوز رأی دادن برای فرد و یا اعطای فرصت و اجازه کار یا سکونت و شهروندی به فرد اعاده کرد.

بنابراین، همه قوای دولتی وظیفه دارند تا به اجرا و رعایت حقوق بشر ملتزم باشند و به جبران موارد نقض آن بپردازند. قانون اساسی افغانستان چندین مورد از مکانیزم‌های تطبیق حقوق اساسی و بشری را ارایه داده است.

۲. تطبیق از طریق محاکم افغانستان

۲-۱. بررسی دستگیری

ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان خوانده (متهم) را مجاز می‌شمارد تا از یک محکمه تقاضای رسیدگی به تصمیم و یا حکمی که موجب ایجاد محدودیت برای آزادی شخصی او، مذکور در ماده ۲۴ قانون اساسی افغانستان است، را بنماید. رسیدگی به این موضوع در محکمه‌ای که به طور کلی می‌تواند به بررسی تصمیم مبنی بر دستگیری فرد پرداخته و از همین جهت می‌تواند برای حفاظت و ضیانت از این حق مصرح در ماده ۹ (۴) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز اتخاذ تصمیم کند، صورت می‌گیرد. اگرچه ممکن است کلمات مذکور در دو ماده فوق شبیه به هم نباشند.

۲-۲. ادعای جبران خسارت

ماده ۵۱ قانون اساسی افغانستان فردی را که به ناحق از اقدامات اداری و (اجرایی) دچار ضرر و زیان شده است، مستحق جبران خسارت مجاز می‌شمارد؛ به نحوی که او برای جبران خسارت

خود می تواند به محکمه شکایت کند. این ماده قانونی به فرد اجازه می دهد تا موضوع را برای رسیدگی کلی و واقعی از اقدام مجری قانون در محکمه مطرح نماید. چنانچه محاکم به این نتیجه برسند که حقوقی از مدعی یا خواهان نقض شده است، می تواند دستور جبران عادلانه خسارات را به نفع فرد متضرر صادر کند.

۳-۲. بررسی اداری

در مورد میزان، ساحت اختیارات محاکم جهت رسیدگی به دعاوی نقض حقوق بشر که در نزد آنها علیه دولت مطرح می شود، تردیدهایی وجود دارد. به عنوان مثال، آیا فردی که به صورت جدی تهدید به مرگ شده است می تواند تقاضای حمایت از حقوق خود توسط پولیس را ارائه بدهد و این حق خویش را از طریق اقامه دعوا علیه یک مقام صلاحیت دار به مورد اجرا بگذارد؟

ماده ۱۲۰ قانون اساسی افغانستان و ماده ۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم از محاکم می خواهد تا کلیه شکایاتی که اشخاص حقیقی و حکمی به شمول دولت به عنوان مدعی یا مدعی علیه ارائه می دهند را مورد رسیدگی قرار دهند. ماده ۴۲ (۳) قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، دیوان حقوق عامه محاکم ابتدائیه و استیناف را ملزم می سازد تا شکایت ها و دوسیه های اشخاص حقیقی علیه اشخاص حکمی به شمول دولت را مورد رسیدگی قرار دهند. اما این احکام صرف راجع به بررسی های قضایی است. ادعا علیه دولت صرف در خصوص قضایای مدنی مورد تصریح قرار گرفته است. (به ماده ۹ قانون اصول محاکمات مدنی مراجعه کنید). در نتیجه، در حال حاضر هیچ ماده قانونی که افراد را مستحق طرح یک شکایت شخصی علیه دولت به اتهام نقض حقوق بشر نماید و یا از دولت بخواهد تا وراثت موارد فوق عمل کند، وجود ندارد.

۴-۲. تعمیم غیر مستقیم حقوق بشر طبق اجراءات قوانین عادی

به حیث یکی از نتایج و عواقب التزام به حقوق بشر، محاکم هنگام تفسیر قوانین عادی (و رسیدگی به قضایا) باید حقوق اساسی و بشری را مد نظر داشته باشند. بنابراین، به حیث مثال یک محکمه قبل از اعمال تفسیر خود نسبت به یک مقرر از قانون جزا باید انطباق آن تفسیر با احکام قانون اساسی افغانستان در ارتباط به حقوق اشخاص را مورد توجه قرار دهد.

۳. کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان

کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان یک ارگان عمومی است که در سال ۲۰۰۱ و در اجرای

ماده ۶ موافقت نامه بن شکل گرفته است.^{۱۳۲} وظیفه این کمیسیون بررسی موضوع «عدالت انتقالی» بود. مأموریت کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان در ماده ۵۸ قانون اساسی افغانستان مورد تأکید قرار گرفته و توسعه یافته است. این کمیسیون به نظارت، تقویت و حمایت از حقوق بشر در افغانستان می پردازد. بر اساس ماده ۵۸ قانون اساسی افغانستان هر شخص که مدعی نقض حقوق بشری خود باشد می تواند این ادعا را به عنوان یک شکایت شخصی به کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان تقدیم کند. کمیسیون نیز می تواند شکایت اشخاص را به مقامات قضایی ارجاع داده و یا از شاکی جهت دفاع از حقوق خود به طریق دیگری حمایت نماید.

در سال ۲۰۰۶، به تعداد ۱۶۴۵ شکایت در اختیار کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان قرار گرفته است که شامل ۲۰۶۳ مورد نقض حقوق بشر بود؛ از این میان، ۱۲۹۶ شکایت مورد تحقیق و تعقیب قرار گرفته و ۱۹۲ مورد با دخالت کمیسیون منجر به حل و فصل قضایا شد و در ۹۶ مورد از اختلافات خانوادگی به شمول قضایای خشونت علیه زنان، دلایل و نشانه‌هایی که حاکی از حل و فصل قضایا و یا بهتر شدن اوضاع و احوال بوده اند مشمول میانجی‌گری و وساطت کمیسیون قرار گرفته است. از جمله اقدامات انجام گرفته از سوی این کمیسیون اقدام برای آزادی ۴۵۹ نفر (مرد) که به صورت غیر قانونی در توقیف بوده اند و آزادی ۱۷۲ نفر محکومان غیر قانونی به حبس، آزادی ۲۸ نفر از مردان دستگیر شده و نیز آزاد کردن ۱۸۴ طفل که به صورت غیر قانونی تحت توقیف و حبس در مراکز اصلاح و تربیت اطفال بودند می‌باشد.^{۱۳۳}

علاوه بر این کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان راپورهای سالانه در زمینه وضعیت حقوق بشر در افغانستان و همچنین گزارش‌های مربوط به موضوعات خاص حقوق بشر همچون گزارش‌های حقوق اقتصادی و اجتماعی و یا وضعیت کار کودکان را نیز منتشر می‌کند. کمیسیون مذکور در این گزارش‌ها پیشنهادات مبسوطی را به دولت افغانستان ارائه می‌دهد و برای انکشاف راهبردهای ملی برای صیانت از حقوق بشر کمک می‌کند. دولت افغانستان خود

^{۱۳۲} مأموریت کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان در تاریخ ششم ژوئن سال ۲۰۰۲ در یک حکم رییس دولت موقت افغانستان مورد تأیید و تصویب قرار گرفته است و بر مبنای «اصول پاریس» که در سال ۱۹۹۳ در قطعنامه ۱۳۴/۴۸ مجمع عمومی سازمان ملل نیز آمده است، استوار است.

^{۱۳۳} گزارش سالانه سال ۲۰۰۶ کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان.

را متعهد می‌داند تا کاملاً با کمیسیون مستقل حقوق بشر همکاری کند.^{۱۳۴}

گفتار دوم: مکانیزم‌های تطبیق حقوق بشر در سطح بین‌المللی

الف) احکام زیربط

ماده ۲۸ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

۱. یک کمیته حقوق بشر (که از این پس در این میثاق کمیته نامیده خواهد شد) تاسیس می‌شود. این کمیته مرکب از ۱۸ عضو است و متصدی خدمات بشری ذیل می‌باشد:
۲. کمیته مرکب خواهد بود از اتباع کشورهای طرف این میثاق که باید از شخصیت‌های دارای مکارم عالی اخلاقی بوده و صلاحیتشان در زمینه حقوق بشر محرز (شناخته شده) باشد. مفید بودن شرکت بعضی اشخاص واجد تجربه در امور قضایی در کارهای این کمیته مورد توجه واقع خواهد شد.
۳. اعضای کمیته انتخابی هستند و بر حسب صلاحیت شخصی خودشان خدمت خواهند کرد.

ماده ۴۰ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

۱. کشورهای طرف این میثاق متعهد می‌شوند در باره تدابیری که اتخاذ کرده اند و آن تدابیر به حقوق شناخته شده در این میثاق ترتیب اثر می‌دهد و در باره پیشرفت‌های حاصل در تمتع از این حقوق گزارش‌هایی تقدیم بدارند:
- أ. ظرف یک سال از تاریخ لازم الاجرا شدن این میثاق برای هر کشور طرف میثاق در امور مربوط به آن کشور
- ب. پس از آن هر موقع که کمیته چنین درخواستی بنماید.
۲. کلیه گزارش‌ها باید خطاب به دبیرکل سازمان ملل متحد باشد و او آنها را برای رسیدگی به کمیته ارجاع خواهد کرد. گزارش‌ها باید حسب‌المورد حاکی از عوامل و مشکلاتی باشد که در اجرای مقررات این میثاق تأثیر دارند.
۳. دبیرکل سازمان ملل متحد می‌تواند پس از مشورت با کمیته، رونوشت قسمتی‌هایی از گزارش‌ها را که ممکن است مربوط به امور مشمول صلاحیت مؤسسات تخصصی باشد برای آن مؤسسات ارسال دارد.
۴. کمیته گزارش‌های واصل از کشورهای طرف این میثاق را بررسی کند و گزارش‌های خود و همچنین هرگونه ملاحظات کلی که مقتضی بداند به کشورهای طرف این میثاق

¹³⁴ ضمیمه اول به اعلامیه برلین در تاریخ ۱ آوریل ۲۰۰۴. متن این ضمیمه در سایت اینترنتی UNAMA به آدرس زیر موجود می‌باشد.

- ارسال خواهد داشت. کمیته نیز می‌تواند این ملاحظات را بضمیمه گزارش‌های واصل از کشورهای طرف این میثاق به شورای اقتصادی و اجتماعی تقدیم بدارد.
۵. کشورهای طرف این میثاق می‌توانند نظریاتی در باره هر گونه ملاحظاتی که بر طبق بند ۴ این ماده اظهار شده باشد به کمیته ارسال دارند.

ماده ۱۶ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

۱. کشورهای طرف این میثاق متعهد می‌شوند بر طبق مقررات این بخش از میثاق در باره تدابیری که به منظور تأمین رعایت حقوق شناخته شده در این میثاق اتخاذ کرده اند و پیشرفت‌هایی که در این زمینه حاصل شده است گزارش‌هایی تقدیم بدانند.
۲. ...
- أ. کلیه گزارش‌ها به عنوان دبیر کل سازمان ملل متحد تقدیم می‌شود که مشارئیه نقل (کاپی) گزارش‌ها را برای بررسی طبق مقررات این میثاق به شورای اقتصادی و اجتماعی ارسال می‌دارد.
- ب. دبیر کل سازمان ملل متحد همچنین نقل (کاپی) تمام یا قسمت‌های مربوط گزارش‌های واصل از کشورهای طرف این میثاق و نیز عضو مؤسسات تخصصی را تاجایی که این گزارش‌ها یا قسمت‌های مربوط آنها راجع به مسائلی باشد که بر طبق اساسنامه مؤسسات تخصصی مذکور در صلاحیت آنها قرار می‌گیرد برای آن مؤسسات ارسال می‌دارد.

ماده ۱۷ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

۱. کشورهای طرف این میثاق گزارش‌های خود را مرحله به مرحله بر طبق برنامه ای که شورای اقتصادی و اجتماعی ظرف یکسال از تاریخ لازم الاجرا شدن این میثاق پس از مشاوره با کشورهای طرف میثاق و مؤسسات تخصصی مربوط تنظیم خواهد کرد، تقدیم خواهند داشت.
۲. گزارش‌ها ممکن است حاکی از عوامل و مشکلاتی باشد که مانع دولت‌ها در اجرای کامل تعهدات مقرر در این میثاق شده‌اند.
۳. در مواردی که اطلاعات مربوط توسط هر کشور طرف این میثاق قبلاً به سازمان ملل متحد یا هر یک از مؤسسات تخصصی فرستاده شده باشد تهیه مجدد اطلاعات مزبور ضرورت نخواهد داشت، بلکه اشاره صریح به اطلاعات ارسال شده قبلی کفایت خواهد کرد.

ب) تبصره پیرامون تطبیق حقوق بشر در سطح بین‌المللی

از آنجا که حقوق بین‌الملل در یک محیط حقوقی و قانونی و بدون دسترسی به قدرت خارجی برتری که قادر و متمایل به تحمیل اجرای معیارهای بین‌المللی باشد، قرار دارد در نتیجه تعمیم این شاخه از حقوق از طریق مکانیزم‌های مختلفی صورت می‌گیرد که به طور کلی ضعیف‌تر از

مکانیزم‌های اجرای قوانین داخلی می‌باشد. در اینجا صرف یک چشم‌انداز وسیع از مکانیزم‌های اجرای حقوق بین‌المللی بشر را در ارتباط به افغانستان ارائه می‌دهیم.

۱. ابزارهای دیپلماتیک

قدرت و توان حقوق بین‌الملل از فشارهایی ناشی می‌شود که کشورها برای اجرای تعهدات بین‌المللی بر یکدیگر وارد می‌آورند. بسیاری از موارد نقض حقوق بشر از طریق ابزارهای دیپلماتیک معرفی و اعلام می‌شوند. به خصوص، اینکه دولت‌ها در زمینه حقوق بشر تلاش می‌کنند از اظهار موارد نقض بین‌المللی حقوق بشر اجتناب نموده و کوشش می‌کنند اعتبار و جایگاه مناسبی برای خود ایجاد کنند. بنابراین، ایراد اتهام کشوری به کشور دیگر در ارتباط به عدم رعایت و حمایت از حقوق بشر در نهایت ممکن است منجر به اجرای قوانین داخلی و اقداماتی برای تقویت و حمایت از حقوق بشر گردد. به علاوه اینکه، همین اعمال فشارها می‌تواند از طریق اعمال تحریم‌ها علیه یک کشور و یا در تنگنا قراردادن روابط اقتصادی و دیپلماتیک آن کشور، شدیدتر نیز شود.

۲. سیستم معاهده‌ای

مکانیزم‌های بسیار خاص دیگری برای تطبیق و همچنین نظارت بر اجرای حقوق بشر در اسناد حقوق بشری ایجاد شده است. هر یک از معاهدات مطرح در فصل دوم، سیستمی را برای اجرایی و عملی کردن آن معاهدات ارائه می‌دهند که توسط یک کمیته مربوط به آن معاهده کنترل و نظارت می‌شود. بنا بر این، کمیته حقوق بشر بر نحوه اجرای میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (ماده ۲۸ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی) نظارت می‌کند. شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل متحد به طور رسمی وظیفه نظارت بر تطبیق میثاق بین‌المللی حقوق اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی را به کمیته‌ای تحت همین عنوان تفویض کرده است،^{۱۳۵} همچنین کمیته رفع تبعیض نژادی بر تطبیق کنوانسیون رفع هر نوع تبعیض نژادی نظارت نموده و کمیته ضد شکنجه نیز یک ارگان مستقل برای مبارزه با شکنجه می‌باشد، کمیته رفع کلیه تبعیضات علیه زنان بر اجرای کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان نظارت کرده و کمیته حقوق طفل نیز بر نحوه حفظ حقوق اطفال نظارت خواهد کرد. هر یک از اعضای این کمیته‌ها نیز بر حسب صلاحیت‌های خود انجام وظیفه می‌کنند.

^{۱۳۵} با وجود این، شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۸۵ کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را به حیث ارگانی مستقل و متشکل از خبرگان، به موازات کمیته حقوق بشر، لیکن در رابطه به میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ایجاد کرده است.

این کمیته‌ها بر مکانیزم‌های اجرای که مشتمل بر طیفی از گزارش‌های مربوط به اجراآت عام و خاص تا مکانیزم‌های نیمه قضایی و قضایی که از جمله شامل رسیدگی قضایی به شکایات مطروحه توسط افراد یا گروهی از اشخاص یا سایر کشورهای عضو می‌شود، نظارت می‌کنند.

۱-۲. اجراآت مربوط به راپورها

به طور کلی، کارکرد اجراآت و اقدامات مربوط به تهیه و انتشار گزارش‌ها آن است که اقدام به تنظیم و ترتیب هر نوع انکشاف در تطبیق تعمیم تعهدات مذکور در معاهدات می‌کنند. هدف از تهیه گزارش، ایجاد امکان گفتگو میان ارگانهای بین‌المللی نظارت‌کننده بر اجرای معاهدات و کشورهای عضو آنها جهت مساعدت به انطباق قوانین داخلی با معاهدات و نیز اتخاذ راهکارهایی برای اجرای تعهدات مذکور در آنهاست. بنابراین، کشورهای عضو ملزم به تهیه اطلاعات جامع و عمیق نه تنها درباره وضعیت رسمی این قوانین در ساحت داخلی خود بلکه در باره کیفیت اجرای این قوانین در عمل نیز می‌باشند. ارگان ناشی از معاهده (کمیته) این گزارش‌ها را با حضور نمایندگان دولت‌های عضو مورد بررسی و بحث و تبادل نظر قرار می‌دهد. این گونه کمیته‌ها همچنین از سازمان‌های غیر دولتی و نهادهای ملی حقوق بشری دعوت می‌کند تا در این نشست‌ها شرکت کرده و گزارش‌هایی را در باره دولت‌های عضو که گزارش آنها روی میز بحث و بررسی قرار دارد، ارائه دهند. شرکت این ارگانهای غیر دولتی تضمین می‌کند که این کمیته‌ها به بیشترین اطلاعات ممکن دست یابند. در بسیاری از موارد شاهد اختلافات شدید میان گزارش‌های دولتی و گزارش ارگانهای غیر دولتی هستیم. علاوه بر اینکه، ارگانهای غیر دولتی اغلب دارای دانش‌های تخصصی در باره موضوعات قانونی مربوط به این کمیته‌ها بوده و بنابراین می‌توانند سهم مفیدی در این مباحث داشته باشند.

رویه صدور گزارش با هدف بهبود کلی وضعیت حقوق بشر در کشور مورد نظر عمل می‌کند. با وجود این، هیچ گونه امکانی برای تسکین و رفع نگرانی از افراد در معرض نقض حقوق بشر وجود ندارد.

بنا بر این، دولت افغانستان متعهد و ملزم می‌باشد تا گزارش‌های دوره‌ای سالانه را در ارتباط به انواع اقدامات تقنینی، قضایی، اداری و یا سایر تدابیری که جهت اجرای کنوانسیون‌های مربوطه اتخاذ کرده است، مطابق به ماده ۴۰ (۱) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، ماده ۱۶ (۱) میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، ماده ۹ (۱) کنوانسیون رفع هرگونه تبعیض نژادی، ماده ۱۸ (۱) کنوانسیون رفع کلیه تبعیضات علیه زنان و ماده ۴۴ (۱) کنوانسیون حقوق طفل تقدیم نماید. نظر به یک دوره بسیار طولانی از وجود مناقشات مسلحانه

در افغانستان، این کشور هنوز نتوانسته است گزارش‌هایی در باره اجرای تعهدات خود بر اساس معاهدات فوق‌الذکر ارائه دهد. وزیر امور خارجه در سال ۲۰۰۴ خود را ملزم به یک برنامه شش ساله دانسته تا وضعیت حقوق بشر کشورش را به طور سالانه به نهادهای ناشی از معاهدات حقوق بشری ارائه دهد. در این ارتباط، یک گروه کاری راجع به اجرای معاهدات و ارائه گزارش‌ها، که کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان جزو آن می‌باشد، شروع به فعالیت کرده است.

۲-۲. اجراءات مربوط به شکایت

امکان طرح شکایت شخصی و یا بین‌الدولی منوط به رضایت علی‌حده دولتهای عضو معاهدات بوده و نتیجه خود به خودی (اتوماتیک) تصویب و یا الحاق به یکی از معاهدات حقوق بشری نیست. افغانستان مطابق ماده ۴۱ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی هرگز اعلام نکرده است که صلاحیت کمیته حقوق بشر را به رسمیت شناخته است تا از این طریق بتواند از اطلاعاتی را دریافت نموده و مورد بررسی قرار دهد که به موجب آنها یکی از کشورهای عضو، ادعا می‌کند که یک عضو دیگر به تعهدات خود بر اساس میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی عمل نمی‌کند. افغانستان حتی پروتکل اختیاری مربوط به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی را تصویب نکرده است؛ یعنی پروتکلی که صلاحیت کمیته حقوق بشر جهت دریافت و بررسی اطلاعات از اشخاص تحت شمول رسیدگی قضایی آن که ادعا می‌کنند قربانی (مجنی علیه) اقدامات دولت افغانستان می‌باشند، را ایجاد کرده است. بنابراین، بیش از این اجراءات مربوط به شکایت را مورد بحث قرار نمی‌دهیم.

۳. نظام ملل متحد

مکانیزم‌های اجرای بیشتری نیز در داخل سازمان ملل متحد وجود دارند.

۳-۱. مکانیزم‌های ورا معاهده‌ای برای نظارت بر تطبیق حقوق بشر

علاوه بر مکانیزم‌های متعلق به معاهدات بین‌المللی، سازمان ملل متحد نیز اجراءات خاصی را برای رسیدگی به موارد ویژه و شدید نقض حقوق بشر و بررسی درخواست‌های اشخاص و سازمان‌های غیر دولتی ایجاد کرده است. این اجراءات مربوط به موضوع یا کشور خاص در داخل چوکات شورای حقوق بشر سازمان ملل و با هدف برقراری همکاری سازنده با دولتهای مرتبط به موارد نقض حقوق بشر شکل گرفته‌اند.

رپورتر (گزارش‌گر) ویژه / کارشناس مستقل سازمان ملل متحد، در زمینه وضعیت حقوق بشر

در افغانستان از سال های ۱۹۸۴ تا ۲۰۰۵ به طور مرتب و منظم از این کشور بازدید کرده و گزارش یافته های خود را در این رابطه ارائه نموده است.^{۱۳۶} راپورتی ویژه در باره حداقل وضعیت اسکان در این کشور در ماه های اوت / سپتمبر سال ۲۰۰۳ از این کشور بازدید کرد و گزارش خود را جمع به حق برخورداری از محل سکونت مناسب و استاندارد را ارائه نمود.^{۱۳۷} راپورتی ویژه مربوط به «خشونت علیه زنان» علل و نتایج آن، در سال ۲۰۰۵ از افغانستان دیدن کرده است.^{۱۳۸}

۲-۳. مجمع عمومی سازمان ملل

موارد نقض حقوق بشر توسط کشورهای عضو سازمان ملل متحد، می تواند از طریق کشور ستم دیده جهت بحث در مجمع عمومی آن سازمان مطرح شود. با وجود این، مجمع عمومی نمی تواند قطعنامه های الزام آور صادر کند.

۳-۳. شورای امنیت سازمان ملل

شورای امنیت سازمان ملل متحد مسئولیت اصلی حفظ صلح و امنیت بین الملل را بر عهده دارد. و می تواند به موجب فصل هفتم منشور ملل متحد در ارتباط به «تهدید صلح، نقض صلح و اقدامات تجاوزکارانه» قطعنامه هایی را صادر کند. این قبیل قطعنامه ها بر اساس حقوق بین الملل الزام آور بوده و می توان آنها را از طریق اعمال تحریم های اقتصادی، نظامی و موارد مشابه استفاده از زور تحت توجهات سازمان ملل پیگیری کرد. موارد شدید و سازمان یافته (سیستماتیک) نقض حقوق بشر بر اساس همین فصل هفتم منجر به صدور قطعنامه شورای امنیت می شوند.

۴. مأموریت کمک رسانی سازمان ملل متحد به افغانستان، یوناما

مأموریت کمک رسانی سازمان ملل متحد به افغانستان یا یوناما (UNAMA) در ۲۸ مارچ سال ۲۰۰۲ از طریق قطعنامه ۱۴۰۱ شورای امنیت سازمان ملل متحد ایجاد گردید. مأموریت یوناما که هر سال تجدید می شود، شامل شش جزء است که عبارت اند از: ارائه مشاوره سیاسی و راهبردی برای پروسه صلح در این کشور، ارائه خدمات مناسب، کمک به دولت افغانستان

^{۱۳۶} گزارش وضعیت حقوق بشر افغانستان، ۱۱ مارس سال ۲۰۰۵، به شماره E/CN.4.2005/122.

^{۱۳۷} گزارش وضعیت حقوق بشر افغانستان، چهارم مارس سال ۲۰۰۴، به شماره E/CN.4.2004/48/Add.2.

^{۱۳۸} گزارش وضعیت حقوق بشر افغانستان، ۱۵ فوریه سال ۲۰۰۶، به شماره E/CN.4.2006/61/Add.5.

برای اجرای پیمان افغانستان،^{۱۳۹} ارتقای وضعیت حقوق بشر در این کشور، ارائه کمک‌های فنی و تداوم مدیریت همه کمک‌های بشردوستانه، ترمیمی، بازسازی و فعالیت‌های انکشافی سازمان ملل متحد که با هماهنگی دولت افغانستان ارائه می‌شوند. یوناما همچنین در زمینه حقوق بشر نیز از کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان حمایت کرده و بر وضعیت حقوق بشر در این کشور نظارت دارد و کمک‌هایی را برای بخش‌های آسیب‌پذیرتر جامعه از قبیل پناه‌جویان بازگشت‌کننده به وطن، افراد کوچانده شده در داخل کشور، زنان سرپرست فامیل و صغار بدون سرپرست فراهم می‌نماید.

^{۱۳۹} متن آن در آدرس ذیل در دسترس است:

http://www.unama-afg.org/news/_londonConf/_docs/06jan30-afghanistanCompact-Final.pdf.

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 Aghan Constitutional Law

Volume Two Constitutional Practice and Human Rights

Mandan Knust Rassekh Afshar

with the support of

Rebecca Hekman, Mihan Rouzbehani, Mohammad Sadr Touhid-Khaneh
and Michael Teichmann

1st Edition, July 2007

Translated by

Dr. Hossein Gholami

Associate Professor at Allameh Tabatabaei University

Funded by:

The German Foreign Ministry

**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 Aghan Constitutional Law

Volume Two Constitutional Practice and Human Rights

Mandan Knust Rassekh Afshar

with the support of

Rebecca Hekman, Mihan Rouzbehani, Mohammad Sadr Touhid-Khaneh
and Michael Teichmann

1st Edition, July 2007

Translated by
Dr. Hossein Gholami
Associate Professor at Allameh Tabatabaei University