

The infraction of Treaties in the Hierarchies Legislative Document of Afghanistan

Kardan Journal of Law
2 (1) 19–57

©2020 Kardan University
Kardan Publications
Kabul, Afghanistan

DOI: [10.31841/KJL.2021.12](https://doi.org/10.31841/KJL.2021.12)

https://kardan.edu.af/Research/kardan_journal_of_law.aspx

Ahmad Salem Abdullah

Received: 12 June 2020
Revised: 2 August 2020
Accepted: 10 October 2020

Abstract

The hierarchy of legal rules is one of the fundamental components of any legal system. In fact, on this basis, the status and credibility of each rule is defined and determined and the possibility of monitoring and evaluating the regular and coordinated regularly function of the legal system, especially through the judicial force. In the Afghan legal system, the basic issue of international treaties in the hierarchy of legal rules can be contemplated, because according to Article 95 of the constitution of the international treaties after approval in the National Council and during its legal procedures, according to the law of treaties and the covenants, it is also known as the rule of law in the ruling of the law in order of the law in the rules of Afghanistan. Although in the event of a contradiction between treaties and ordinary law, Article 14 of the laws of the treaties and covenants of Afghanistan can be implemented. According to Article 7 of the Constitution, which requires compliance with international treaties in Afghanistan and the Government of Afghanistan is required to comply with them, and compliance with Article 31 of the Civil Code in the hierarchy of legal rules, International treaties are recognized as inferior to the Constitution and above ordinary law.

Keywords: Treaty, Legal rules, The hierarchy of legal rules, Legislative documents.

جایگاه معاهدات در سلسله مراتب اسناد تقنینی افغانستان

احمد سالم عبدالله

چکیده

سلسله مراتب قواعد حقوقی یکی از عناصر و مؤلفه‌های بنیادین هر نظام حقوقی است. در واقع، بر این اساس جایگاه و اعتبار هر قاعده تعریف و تعیین گردیده و امکان نظارت و ارزیابی بر کارکرد منظم و هماهنگ نظام حقوقی، به ویژه از طریق قوه قضایی، وجود خواهد داشت. در نظام حقوقی افغانستان مسئله اساسی جایگاه معاهدات بین‌المللی در سلسله مراتب قواعد حقوقی قابل تعمق و بررسی می‌باشد، زیرا بر اساس ماده ۹۵ قانون اساسی معاهدات بین‌المللی بعد از تصویب در شورای ملی و طی مراحل قانونی آن بر اساس قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی و همچنان بر اساس قانون طی مراحل اسناد تقنینی افغانستان در حکم قانون عادی شناخته شده است. اگرچه در صورت تضاد میان معاهدات و قانون عادی حکم ماده ۱۴ قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی افغانستان قابل تطبیق می‌باشد. با توجه به ماده هفتم قانون اساسی، که رعایت معاهدات بین‌المللی در افغانستان را الزامی میداند و دولت افغانستان به رعایت آنها ملزم شده است و رعایت ماده ۳۱ قانون مدنی، در سلسله مراتب قواعد حقوقی معاهدات بین‌المللی فروتر از قانون اساسی و بالاتر از قانون عادی شناخته شده است.

واژه گان کلیدی: معاهده، قواعد حقوقی، سلسله مراتب قواعد حقوقی، اسناد تقنینی.

ستایش خدائی را که انسان را با تعقل و تفکر از خاک آفریده و برایش درجه اشرف مخلوقات را اعطا نمود، تحیت و سلام بر آن پیامبری که حلیم و ادیب بوده و نمونه ای از انسان کامل می باشد و درود بر خاندان پاک و پاکیزه اش که روشنگران راه هدایتند و نابود باد دشمنان ایشان که اهل گمراهی و شایسته هلاکت اند.

قانون در مفهوم عام که شامل تمام اسناد تفنینی بوده و در بر گیرنده معاهدات بین المللی نیز می گردد و با یک نگاه سطحی می توان دید که بسیاری از حقوق و آزادی های بشری که امروز شامل حقوق داخلی کشورها شده است، بصورت کل توسط حقوق بین الملل تسجیل گردیده است و از همین خاطر دولتها خود، به رعایت و احترام قواعد بین المللی تعهد سپرده اند. دولت افغانستان از این امر استثنا نبوده و به صورت مکرر در مقدمه و مواد متعدد قانون اساسی از رعایت معاهدات بین المللی یاد کرده و تعهد سپرده است. جایگاه معاهدات بین المللی در نظام حقوقی کشورها صرفا یک موضوع نظری نبوده بلکه از نظر عملی آثار متعددی بر آن مترتب است، پیچده گی و ضرورت به تبیین آن، اصل مسئله تحقیق می باشد که جایگاه معاهدات بین المللی در نظام حقوقی افغانستان از نگاه سلسله مراتب قواعد حقوقی در کجاست؟ زیرا این موضوع تا فعلا در افغانستان یک مسئله حل نشده می باشد که اقتضای تحقیق دقیق را می نماید.

به رغم آنچه گفته شد، آنچه اهمیت موضوع را بیشتر می سازد اینکه هر کشور باید تعهدات بینالمللی خویش را با حسن نیت انجام داده و در صورت عدم انجام آن، مسئولیت بین المللی متوجه اش میگردد. اجرای معاهدات بین المللی در زمان یک نیاز عینی بوده و عدم اجرای آن مسئولیت را تشدید مینماید. مطابق اصل برابری حاکمیت، هر دولت حق دارد به طور آزادانه نظام حقوقی اش را خود برگزیند و شیوه های همکاری حقوق داخلی را با حقوق بین الملل تعیین کند. این اصل مبین آنست که هر دولت مکلف است تعهدات بین المللی اش را به صورت درست و کامل انجام دهد. پس دولت ها برای اجرای امور خویش که وضع قوانین و مقررده ها نیز شامل آنست، نمی توانند به روی تعهدات بین المللی خویش پا نهند و با استناد به قواعد داخلی، قواعد بین المللی را زیر پا نمایند. مگر اینکه تعارض معاهده با قواعد اساسی و یا احکام دین اسلام باشد. بناءً در این تحقیق با انتباه و استفاده از منابع دست اول و به روز سعی خواهم کرد تا یک برداشت منطقیتر طی پژوهش حاضر از جایگاه معاهدات بین المللی در نظام حقوقی افغانستان ارایه کنم، ولی باید اذعان نمایم که در تحقیق حاضر بیشتر هدف محقق معاهدات عام یا قانون ساز بین المللی خواهد بود، نه معاهدات ساده زیرا در تحقیقات گذشته چنانچه سرور دانش در کتاب درآمدی بر حقوق بین الملل عمومی که در سال 1393 توسط

دانشگاه ابن سینا نشر شد است از جایگاه معاهدات به صورت عمومی یاد آوری نموده و محترم شیرشاه غنی زاده در تیزس ماستری خویش تحت عنوان معاهدات بین المللی در افغانستان که در سال 1394 در دانشگاه کاتب دفاع گریده سلسله مراتب معاهدات بین المللی با در نظر داشت قانون معاهدات و میثاق های بین المللی سال 1368 بررسی نموده و تفاوت این تحقیق با تحقیقات قبل در آن است که به صورت موردی و با در نظر داشت قوانین نافذه بررسی شده است.

1- تعریف معاهده¹

معاهده در لغت : «معاهده با هم عهد و پیمان بستن و سوگند خوردن»². همچنان معاهده از کلمه عهد گرفته شده، به معنای «تعهد کردن، تعاهد، معاهده است»³ ولی از نگاه اصطلاحی از معاهده تعریف های متعدد صورت گرفته، برای رسیدن به یک تعریف کامل، لازم است تعریف عرفی معاهده، تعریف علمای حقوق بین الملل از معاهده، تعریف معاهده ویانا از معاهده و تعریف قانون معاهدات و میثاق های بین المللی مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

معاهده از دیدگاه عرف عبارت است از «هر گونه توافق منعقد میان تابعان حقوق بین الملل به منظور حصول حقوقی معینی طبق مقررات حقوق بین الملل است»⁴. ولی صاحب نظران حقوق بین الملل تعاریف گوناگون از معاهده ارائه کرده اند، که در اینجا به چند مورد آن اشاره می کنم.

1. از دیدگاه پروفیسور مک نر حقوق دان انگلیسی «معاهده عبارت است از یک توافق کتبی، که بوسیله آن دو یا چند دولت یا سازمان بین المللی رابطه ای بین خود را در قلمرو حقوق بین الملل ایجاد می کند و یا در صدد ایجاد آن استند»⁵.

ولی در فقره اول ماده دوم معاهده ویانا ۱۹۶۹ در خصوص معاهدات، معاهده چنین تعریف شده است: «معاهده عبارت است از توافق بین المللی که میان دولت ها بصورت کتبی منعقد شده و تحت حاکمیت حقوق بین الملل قرار دارد، صرف نظر از اینکه دارای عنوان خاص و یا اینکه در سند واحد، دو یا چند سند درج شده باشد»⁶.

1. Treaty

2. حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید، جلد اول، چاپ هژدهم، (تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۲)، ۹۶۹.

33. محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، جلد پنجم، چاپ هفتم، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۵)، ۳۴۲۷.

4. محمدرضا ضیایی بیگدلی، حقوق بین الملل عمومی، (پیشین)، ۹۰.

5. Nc, Nair, The Law of Treaties, Oxford, the clarendon press, 1961/ 4.

6. مجمع عمومی سازمان ملل متحد، معاهده ویانا در خصوص معاهدات، (مصوب ۱۹۶۹).

در نظام حقوقی افغانستان، معاهده در ماده سوم قانون معاهدات و میثاق های بین المللی افغانستان چنین تعریف شده است، «معاهده توافق کتبی دولت جمهوری اسلامی افغانستان با دول خارجی، موسسات بین المللی یا سازمان های بین الحکومتی است که مطابق احکام این قانون منعقد می گردد»⁷.

با توجه به تعریف های فوق می توان از معاهده چنین تعریف جامع نمود. معاهده به موافقت نامه های بین المللی بکار می رود، که حقوق بین الملل بر آن حاکم بوده و بصورت مکتوب میان یک یا چند دولت، یک یا چند سازمان بین المللی اعم از اینکه در یک یا چند سند، منعقد شده باشد صرف نظر از نامه آن مانند: «اساسنامه»⁸، «کنواسیون»⁹، «میثاق»¹⁰، «یادداشت تفاهم»¹¹، «قرارداد»¹²، «پروتوکول»¹³، «موافقت نامه»¹⁴، «پیمان»¹⁵، «اعلامیه»¹⁶، «منشور»¹⁷، «سند»¹⁸، «سند نهائی»¹⁹، «سند عمومی»²⁰، «مصالحه نامه»²¹، «قرار موقت»²²، «برنامه»²³، «بیانیه»²⁴ که گاهی مترادف معاهده و گاهی به جای معاهده استعمال می شود. بیان تمام شان از حوصله این تحقیق دور می باشد.

2 - ورود معاهدات در حقوق داخلی

برای اینکه یک معاهده در نظم داخلی قابل اعمال باشد، باید مورد پذیرش رسمی یا انتشار قرار گیرد. زیرا معاهداتی که منطبق با موازین حقوقی منعقد و تصویب شده، در صحنه بین المللی لازم الاجراء گردیده است، برای دولت الزام آور می باشد؛ یعنی دولت متعهد به رعایت قواعد آن معاهده می باشد²⁵. در رابطه به سیستم جذب معاهده در نظام حقوق داخلی کشورها در مرحله اول رویکردهای

7. وزارت عدلیه، قانون معاهدات و میثاق های بین المللی، (منتشره جریده رسمی، شماره مسلسل ۱۲۳۶، تاریخ نشر ۱۳۹۵).

8 Status .

9. Convention.

10. Covenant

11. Memorandum of Understanding

12. Contract

13. Protocol

14. Agreement

15. Pact

16. Declaration, Proclamation, Statement.

17. Charter.

18. Act

19. Final Act

20. General Act

21. Compromise

22. Modus Vivendi

23. Plan

24. Joint Statement

25. محمد حسن پیرزاده، حقوق بین الملل در رویه قضائی دیوان عدالت اداری، (رساله دکتری حقوق بین الملل دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۵)، ۲۱.

متفاوت، انواع ورود و موضوعات مهم دیگری اند که در ذیل مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

1-2 رویکرد معاهده حقوق معاهدات

عهدنامه وین ۱۹۶۹م در زمینه معاهدات عمل تصویب یا تصدیق را یک عمل بین المللی دانسته و تنها به عنوان یکی از انواع رضایت کشورها به ملتزم شدن قلمداد کرده است. قاعده رضایت به ملتزم شدن نهاد جدیدی است، که به عنوان یک قاعده عام، کلیه اشکال رضایت کشورها را با بی طرفی مورد توجه قرار داده است.²⁶ چنانچه ماده یازدهم عهدنامه وین در این موضوع صراحت دارد. «رضایت یک کشور به التزام در قبال یک معاهده، از طریق امضاء، مبادله اسناد تشکیل دهنده یک معاهده، تنفیذ، پذیرش، تصویب، الحاق، یا به هر وسیله دیگری که مورد توافق قرار گرفته باشد، اعلام می‌شود»²⁷.

از متن این ماده می‌توان چنین نتیجه گرفت که هیچ شیوه ای خاصی در خصوص نحوه تصویب معاهده بیان نشده است. بناً با سکوت معاهده در این خصوص دامنه آن را از محتوای خود خارج نموده است. با این وجود عهدنامه به لزوم قانونی بودن شیوه جذب معاهده در نظام داخلی کشورها توجه کرده است. زیرا بند اول ماده ۴۶ در این مورد صراحت دارد. «یک کشور نمیتواند با تکیه بر این واقعیت که اعلام رضایت وی به التزام در قبال یک معاهده تجاوزی نسبت به مقررات حقوق داخلی وی در خصوص صلاحیت انعقاد معاهدات بوده است، به بی اعتباری رضایت خود استناد نماید. مگر آنکه تجاوز مزبور بارز بوده و به قاعده های از حقوق داخلی مربوط شود که دارای اهمیت اساسی است»²⁸. این بند به طور تلویحی این مسئله را مورد تأیید قرار می‌دهد، که برای جذب یک معاهده در نظام حقوق داخلی لازم است، که به مقررات داخلی کشورها نیز توجه شود.

آنچه مهم به نظر میرسد، ایجاد التزام به معاهده دارای دو جنبه داخلی و خارجی است. در بعد خارجی آن ایجاد تعهد بین المللی و در بعد داخلی آن ایجاد مقرر شدن تکالیف برای قوای ثلاثه در کشور می‌باشد. بدیهی است هنگامی که از جایگاه هنجاری معاهده صحبت می‌شود، در تمام کشور ایجاد التزام می‌کند. هرچند به نظر می‌رسد، که ایجاد تعهد بین المللی روی دیگر سکه جذب التزام مندرج در معاهده در نظام داخلی کشورها باشد. اگرچه این موضوع در تمام موارد صادق نبوده و در نهایت محتوا و رویکرد مندرج در مقررات خود معاهدات هستند،

²⁶. محمدرضا ضیایی بیگدلی، حقوق معاهدات بین المللی، (پیشین)، ۴۶.

²⁷. مجمع عمومی سازمان ملل متحد، معاهده وینا در خصوص معاهدات، (مصوب ۱۹۶۹).

²⁸. همان.

که مشخص می کنند آن معاهده به چه صورت باید در نظام داخلی کشورها جذب شود.²⁹

2-2 انواع ورود معاهده در نظام حقوق داخلی

همانطور که گفته شد باید میان ایجاد جنبه بین المللی تعهد از یک سو و ایجاد تکالیف داخلی به منظور ایفای آن تعهدات تفکیک قایل شد. در واقع باید گفت اعتبار بین المللی معاهده خود به خود و ضرورتاً موجب نمی گردد، که معاهده در صحنه ای ملی قابل استناد و اقامه گردد. شرط قابلیت استناد و اجرای معاهدات در نظام حقوقی داخلی؛ (حتی در کشورهای یگانه گرا؛ یعنی کمترین تشریفات را برای ورود معاهده به نظام داخلی خود قایل استند. دست کم) انتشار آن می باشد. اما در کشور های دوگانه گرا باید طی مراحل تصویب را نیز بپیماید. تا نهاد های عمومی، نهاد های خصوصی و مردم بتوانند از قابل اعمال آن مطلع گردند. لذا به صورت عموم می توانیم چهار الگوی مختلف را برای جذب معاهده در حقوق ملی دولتها از یکدیگر تفکیک کنیم.

2-2-1- از نظر تاریخی و سنتی مساعد ترین برخورد با قواعد حقوق بین الملل رهیافت (یگانه گرائی)³⁰ است، که براساس آن لازم الاجراء شدن یک معاهده در صحنه بین المللی مستلزم لازم الاجراء شدن در صحنه ملی را در پی خواهد داشت. بناً هیچ عمل خاصی برای جذب معاهده در حقوق داخلی لازم نیست و تنها انتشار آن به عنوان شرط استناد پذیر بودن آن نسبت به اشخاص خصوصی ضروری است.³¹

2-2-2- نزدیک به رهیافت یگانه گرائی، الگوی دوم است، که اعتبار و یا قابلیت استناد معاهدات در نظام حقوق داخلی را فقط منوط به انتشار آن می داند. که مثال های آن کشور های اسپانیا، فرانسه، لوکزامبورگ، پرتغال و هالند می باشند. کشورهای که این الگو را انتخاب کرده اند، معاهده را به همان شکل و عنوان یعنی به عنوان قاعده بین المللی در حقوق داخلی جذب می نمایند. ولی جلب موافقت پارلمان برای تصویب یا تأیید ضروری می باشد.³²

²⁹ پیرزاده، (پیشین)، ۲۳.

³⁰ نظریه مونیسیم (Theory of Monism) بر اساس این نظریه قواعد حقوق داخلی و حقوق بین الملل، هر دو یک واحد تجزیه ناپذیر می باشد. اما دانشمندان این نظریه به دو گروه تقسیم می شوند. گروه اول (هانس کلسن)، «یوهانسون ماترن»، «جوزف کونز» و اخیراً «هنری جزن» مونیسیم را با برتری حقوق بین الملل قبول دارند. (رجوع کنید به سرور دانش، درآمدی بر حقوق بین الملل عمومی، (پیشین)، ۷۷.) و گروه دوم («بلینگ» و «ایهرینگ») مونیسیم را با برتری حقوق داخلی قبول دارند. رجوع کنید سیدباقر میرعباسی، حقوق بین الملل عمومی، جلد اول، چاپ سوم، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۵)، ۷۸.

³¹ پیرزاده، (پیشین)، ۲۳.

³² همان، ۲۴.

2-2-3- روش سوم مستلزم یک عمل تقنینی است. زیرا نه تنها برای تصویب معاهده، بلکه برای جذب آن نیز در حقوق داخلی، این عمل گاهی در قالب یک دستور اجرائی ساده صورت می گیرد³³. اما گاهی در قالب قانونی که کوشش می کند حقوق ملی را با معاهده منطبق سازد و گاهی توسط قانونی که هر دو عمل مذکور در فوق را همزمان انجام می دهد³⁴.

جذب معاهدات از طریق تبدیل آنها به حقوق داخلی روش سنتی معمول در آلمان است. اما این روش به تدریج جای خود را به استفاده از روش دستور اجراء یعنی جذب معاهده از طریق صدور دستور اجرائی آن در حقوق داخلی داده است³⁵. فرمان اجراء غالبا در سندی حاوی تائید پارلمان، که برای انعقاد معاهده ضروری است درج می گردد و معاهده جز لاینفک حقوق داخلی محسوب می شود. در افغانستان نیز این روش معمول است. به اساس ماده نهم قانون معاهدات و میثاق های بین المللی افغانستان «معاهدات و میثاق های بین المللی در ساحات ذیل بعد از تائید شورای وزیران، تصدیق شورای ملی و توشیح رئیس جمهور مرعی الاجراء می گردد...»³⁶.

2-2-4- شکل چهارم را می توان در نظام بریتانیا مشاهده کرد. زیرا این کشور با تفکیک بین انواع تدابیر مختلف لازم برای اعمال یک معاهده در حقوق داخلی، دارای نظامی اصیل و بدیع است. قاعده کلی آن است، که معاهدات تنها هنگامی جز حقوق داخلی محسوب می گردد، که قانونگذار عملی به هدف جذب آنها در حقوق داخلی انجام دهد. معاهداتی که اعمال آنها مستلزم تغییر حقوق داخلی است، نیاز به مداخله قانونگذار دارند. البته بعضی از معاهدات نیاز به جذب ندارند. زیرا فقط مربوط به مقام سلطنت می گردد. اما اگر نیاز به عمل تقنینی باشد، این عمل می تواند در اشکال و صورت های مختلف صورت بگیرد. ولی نباید فراموش کرد، که گاهی از مقدمه یا در یک قسمت متن معاهده تبدیل شده به حقوق داخلی اشاره می کنند که قبلا این قاعده بین المللی بوده و در اثر عمل تبدیل جز حقوق داخلی شده است. مثال آن کنواسیون حقوق بشر اتحادیه اروپا است، که پارلمان بریتانیا در سال ۱۹۹۷ آنرا به قانون داخلی تبدیل نموده و در سال ۱۹۹۹ مرعی الاجراء گردید³⁷. باید خاطر نشان ساخت که تفاوت این روشها بیشتر در میزان و اعتباری است، که دولت تمایل دارد برای حقوق بین الملل قائل شود. تا آئین بکار رفته، زیرا اعمال اکثر این قاعده ها به نتایج یکسان منتهی می گردد و مرز باید

³³. مثال این روش در ایتالیا در مورد معاهداتی که محتوای آن به اندازه کافی روشن بوده و مقررات آن درخور اجراء می باشد اعمال می شود.

³⁴. همان، 24.

³⁵. یونان و دنمارک این روش را تعقیب نموده و روش تبدیل را عملی می کنند.

³⁶. وزارت عدلیه، قانون معاهدات و میثاق های بین المللی، (منتشره جریده رسمی، شماره مسلسل ۱۲۳۶، تاریخ نشر ۱۳۹۵).

³⁷. پیرزاده، (پیشین)، ۲۵.

بین کشورهای ترسیم گردد، که قواعد را به صورت مستقیم به عنوان قواعد بین الملل در حقوق داخلی خود می پذیرند و کشورهایی که قواعد حقوق بین الملل را قبل از پذیرش کامل در حقوق داخلی تبدیل به قواعد حقوق داخلی می نمایند³⁸.

اما باید این نکته را درک کرد، که تمام این تفکیک‌های ظریف انجام شده در عمل منتهی به نتایج مشابه می گردند. لذا باید خاطر نشان ساخت، که عدم رعایت شرایط مذکور در فوق (مثل عدم انتشار) مانع ایجاد تعهد بین المللی برای دولت نمی گردد و قضات محاکم داخلی معمولاً با در نظر داشت و خامت نتایج حاصل از تصمیم خود مبنی بر عدم اعتبار یک معاهده بین المللی سخت گیری نمی نمایند و در بسیاری از کشورها، معاهده ای که رسماً جذب حقوق داخلی شده است می تواند برای اجتناب از ایجاد مسئولیت بین المللی دولت مبنای تفسیر قوانین داخلی قرار گیرد³⁹. لذا در عملکرد دولت ها، شاهد یک نوع وحدت رویه و همسانی در پذیرش معاهدات و رعایت موازین قانونی در ارتباط جذب آنها برای اجتناب از ایجاد سهولت بین المللی دولت استیم⁴⁰.

در یک جمع بندی از انواع مذکور باید گفت، اینکه کدام رویکرد توسط یک کشور دنبال می شود به رابطه میان حقوق بین الملل و حقوق داخلی ارتباط پیدا می کند. حقوق دانان و طرفداران مکتب های مختلف، رابطه حقوق بین الملل و حقوق داخلی را از دو منظر مورد بحث قرار داده اند. یکتعداد از جمله «هانریچ تری پل»⁴¹، «انزیلوتی»⁴² و «اوپنهایم»⁴³، با الهام از (نظریه ارادی⁴⁴) حقوق بین الملل و حقوق داخلی را دو نظام کاملاً مجزا و جدا از هم می دانند، که هر یک دارای ماهیت و قلمرو خاصی هستند (نظریه دوگانگی یا تنویتی⁴⁵) عده ای دیگری مانند - «هانس کلسن»⁴⁶، «ژرژسل»⁴⁷، «لئون دوگی»⁴⁸، «پولی پیس» و «لاترپاخت»

³⁸ همان، 25.

³⁹ دنمارک، ایرلند و بریتانیای کبیر از این نوع کشور ها اند.

⁴⁰ همان، ۲۶.

⁴¹ Heinrich triepel

⁴² Anzilotti

⁴³ Oppenheim

⁴⁴ به اساس این نظریه قواعد حقوق بین الملل به اساس اراده و رضایت دولت ها بوجود آمده و دولت ها خود را ملزم به آن می دانند.

⁴⁵ بر اساس نظریه دوالبسم (Theory of Dualism) حقوق بین الملل و حقوق داخلی دو نظام حقوقی برابر، مستقل و مجزا از یکدیگراند و این دو رشته از حقوق به مانند دو ساختمان جدا از یکدیگر هستند که هر کدام روی زمین خاصی بنا گذاشته شده است. بدون آنکه یکی بر دیگری متکی باشد هر چند ممکن است که در مبانی و شکل گیری قواعد حقوقی وجوه اشتراکی داشته باشند و دلیل جدایی این است که طبیعت روابط افراد با طبیعت روابط دولتها به طور بنیادی متفاوت است و همین خاطر دو نوع حقوق خاص برای آن تنظیم شده است. به نقل از ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین الملل عمومی، (پیشین)، ۷۲.

⁴⁶ Hans Kelsen

⁴⁷ R. Scel

⁴⁸ L.Duguit

با توجه به «نظریه موضعی یا موضوعی»⁴⁹ عقیده دارند، که حقوق بین الملل از حقوق داخلی جدا نیست، بلکه هر دو تجلی یک اصل اند. زیرا مفهوم واقعی حقوق، از تجمع اصولی ناشی می شود که حاکم بر مجموع فعالیت های اجتماعی است (نظریه مونیسم یا وحدت حقوقی)⁵⁰.

2-3- روش جذب معاهدات در نظام حقوقی افغانستان

پس از آشنائی با نظریات موجود در مورد انواع ورود معاهدات در حقوق داخلی جا دارد طرق جذب معاهدات بین المللی را افغانستان بررسی نمایم.

افغانستان کشوری است، که تقریباً بسیاری از معاهدات بین المللی را پذیرفته است بناءً سوال واقع می شود، که در نظام حقوقی افغانستان موقف قانون اساسی با قواعد بین المللی چگونه است؟ (الف)، موقف قوانین عادی با قواعد بین المللی چگونه است؟ (ب) و طی مراحل معاهدات بین المللی در نظام حقوقی افغانستان چگونه است؟ (ج) را به صورت مفصل بررسی می نمایم.

2-3-1- جایگاه معاهدات در قانون اساسی : قانون اساسی بنیاد و اساس نظام حقوقی کشور و اصول و موازین مندرج در آن دارای عالیتترین قوت حقوقی است. از همین جاست که رابطه میان قواعد بین الملل و قانون اساسی از اهمیت ویژه برخوردار است. همانطوری که قانون اساسی کارائی تنظیم مناسبات بین المللی را ندارد، حقوق بین الملل نیز نمی تواند روابط اجتماعی داخل دولت را بدون اجازه قانون اساسی تنظیم کند. برای اینکه قواعد حقوق بین الملل بتوانند مناسبات داخل کشور را به اشتراک اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی تنظیم نمایند باید آنان در نظام حقوقی کشور داخل شده و به بخشی از حقوق ملی مبدل گردد. در غیر آن قوای ثلاثه (مقتنه، مجریه و قضائیه)، نهاد های مستقل (کمیسیون حقوق بشر، کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، کمیسیون انتخابات... و احزاب سیاسی)⁵¹، شهروندان و اشخاص حکمی نخواهند توانست از آن بحیث منبع استفاده کنند.

49. به اساس این نظریه قواعد حقوق بین الملل به اساس ضرورت اجتماعی و ارزش های مشترک جامعه بوجود آمده و دولت ها خود را به خاطر منافع مشترک خود به آن ملزم می دانند. اگرچه این نظریه در مکاتب سه گانه ذیل بیشتر بیان گردیده است. (۱) مکتب حقوق طبیعی، (۲) مکتب قاعده گرائی حقوق و (۳) مکتب جامعه شناسی حقوق بحث شده است.

50. تأثیرات حقوق بین الملل و حقوق داخلی، شنبه ۲۲ جدی ۱۳۹۶.

http://www.aftabir.com/articles/view/politics/world/c1c1162977304_international_law_p2.php.

51. برای شناسائی بهتر نهاد های اساسی افغانستان رجوع کنید. عبدالوحید نیاز، حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، چاپ دوم، (کابل: انتشارات سعید ۱۳۹۷)، ۲۱۵-۵۳.

در ماده شش قانون اساسی افغانستان ضمن اصول دیگر، دولت مکلف به حمایت از حقوق بشر شده است⁵². «دولت به ایجاد یک جامعه مرفه و مترقی براساس 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»⁵³. همچنان «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»⁵⁴. به اساس دو ماده فوق دولت افغانستان باید رعایت معاهدات ذیل را در اولویت قرار دهد⁵⁵. بدون این اسناد، برخی از میثاق هاییدیکر نیز وجود دارد که با حقوق بشر ارتباط داشته و افغانستان به آنها ملحق شده است. امروزه تمام نهاد های داخلی (قوای ثلاثه) به خصوص رئیس جمهور به عنوان رئیس دولت و مسئول اول مراقبت از اجرای قانون اساسی مکلف استند که هر کدام در ساحه وظایف و صلاحیت های خود، تعهدات افغانستان در قبال حقوق بشر، معاهدات و میثاق های بین المللی را رعایت نمایند.

⁵² اصول قانون اساسی فعلی افغانستان عبارت اند از: اصل جمهوریت، اصل اسلامیت، اصل دولت واحد، اصل دموکراسی، اصل احترام به حقوق بشر، اصل رعایت به قواعد بین المللی، اصل حاکمیت قانون، اصل تفکیک قوا و غیره.

⁵³ وزارت عدلیه، قانون اساسی، (جریده رسمی، شماره مسلسل ۸۱۸، ۱۳۸۲).

⁵⁴ همان، ماده ۷.

⁵⁵ معاهدات ذیل در صدر تمام معاهدات باید رعایت جدی شود. منشور سازمان ملل متحد ۱۹۴۵، اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸، میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶، میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ۱۹۶۶، کنواسیون بین المللی رفع هر نوع تبعیض نژادی ۱۹۶۵، کنواسیون منع شکنجه و سایر رفتارها و مجازات ظالمانه و غیر انسانی ۱۹۸۴، کنواسیون رفع هر نوع تبعیض علیه زن - این کنواسیون در ۱۷ ۱۸ دسمبر ۱۹۷۹، کنواسیون حقوق اطفال - این کنواسیون در ۱۹۸۹ ...

2-3-2- قوانین عادی و معاهدات: قوانین عادی در افغانستان به تاسی از احکام قانون اساسی توسط شورای ملی تصویب و بعداً نافذ گردیده اند، خوشبختانه درباره معاهدات و میثاق های بین المللی ولسی جرگه در سال ۱۳۶۸ هـ تعیین موقف نموده و قانون معاهدات بین المللی افغانستان را تصویب نمود. اما با انفاذ قانون اساسی جدید در روشنی احکام ماده های ۷، فقره ۱۷ ماده ۶۴ و فقره ۵ ماده ۹۰ قانون اساسی، شورای ملی افغانستان قانون معاهدات و میثاق های بین المللی افغانستان را به تاریخ ۱۳۹۳/۹/۴ تصویب نموده و رئیس جمهور افغانستان به تاریخ ۱۳۹۵/۷/۱۸ آنرا توشیح نموده⁵⁶ نافذ می باشد. این قانون بیشتر از چگونگی تنظیم امور مربوط به عقد معاهدات و میثاق های بین المللی بحث میکند. همچنان در قوانین عادی در عرصه های مختلف به معاهدات بین المللی اشاره شده است. مثلاً: قانون مدنی در (ماده ۳۱) 57، کود جزا در (ماده ۲۶) 58 و قوانین دیگر.... اما در رابطه به جایگاه هنجاری معاهدات در قوانین عادی در مباحث بعدی پرداخته خواهد شد.

2-4- طی مراحل معاهدات در افغانستان

قبل از آنکه معاهده انعقاد حاصل کند، یکی از مراحل آن تصدیق و تصویب توسط کشور های طرف آن می باشد. اما در عصر حاضر نظر به نوع رژیم سیاسی، چگونگی طی مراحل معاهده از یک کشور تا کشور دیگر از هم متفاوت می باشد. از طرف دیگر دولت ها در برقراری روابط بی المللی خویش مسئولیت دارند. لذا «ترتیبات ناظر بر اعمال اختیارات دولت راجع به انعقاد معاهده به دولت و مواد قانون اساسی کشورها در مورد تصویب انواع معاهدات و اگذار شده است»⁵⁹. از این جهت در رژیم های ریاستی، رئیس جمهور به عنوان مظهر حاکمیت ملی و عالی ترین مقام سیاسی، به دلیل مسئولیت داشتن در زمینه برقراری روابط بین المللی، صلاحیت عقد معاهدات بین المللی با سایر دولت ها را دارا می باشد⁶⁰.

56. روسای جمهور افغانستان به کرار حکم ماده ۹۴ ق.ا.ا را نقض نموده و منحیث فرد اول کشور از ناقضین اصلی قانون اساسی محسوب می شوند. ماده ۹۴ «قانون عبارت است از مصوبه هردو مجلس شورای ملی که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد، مگر اینکه در این قانون اساسی طور دیگر تصریح گردیده باشد. در صورتیکه رئیس جمهور با مصوبه شورای ملی موافقه نداشته باشد می تواند آنرا در ظرف پنزده روز از تاریخ تقدیم با ذکر دلایل به مجلس نمایندگان مسترد نماید. با سپری شدن این مدت ویا در صورتی که مجلس نمایندگان آنرا مجدداً با دو ثلث ارای کل اعضا تصویب نماید، مصوبه توشیح شده محسوب و نافذ می گردد.»

57. «احکام مندرج مواد قبلی این قسمت در صورتی نافذ می باشد که مخالف آن حکم دیگری در قانون اختصاصی یا معاهده بین الدول که در افغانستان نافذ است نباشد.» مراجعه نمائید: وزارت عدلیه، قانون مدنی، (جریده رسمی، شماره مسلسل ۳۵۳، ۱۳۵۵).

58. «جرایمی که مطابق اسناد بین المللی جرم شناخته شده باشد، مرتکب آن...». وزارت عدلیه، کود جزا، (جریده رسمی، شماره مسلسل ۱۲۶۰، ۱۳۹۶).

59. ربکا والاس و الگامارتین ارتگا، حقوق بین الملل، ترجمه: سید قاسم زمانی، چاپ چهارم، (تهران: نشر میزان ۱۳۹۲)، ۳۶۸.

60. سیدمحمد، هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد اول، چاپ ششم، (تهران: نشر میزان ۱۳۸۴)، ۴۵۱.

افغانستان از لحاظ سیاسی دارای نوع رژیم سیاسی مشابه به رژیم ریاستی می باشد. بناً رئیس جمهور از چنین صلاحیت بر اساس قانون اساسی و قوانین عادی برخوردار می باشد و می تواند شخصا یا از طریق اعطای اعتبار نامه به شخص دیگری، که جزئیات آن در بحث های آینده خواهد آمد؛ برای انعقاد معاهده آنرا تفویض کند. برای تنظیم و انعقاد معاهدات بین المللی، در بعد داخلی⁶¹ انجام مذاکره، امضا، تصویب و انتشار از جمله مراحل است، که معاهده را در یک کشور رسمیت داده و آنرا لازم الاجراء می سازد. بنابراین مراحل فوق را با در نظر داشتن نظام حقوقی جمهوری اسلامی افغانستان قرار آتی به تحلیل و بررسی می گیریم.

2-4-1- مذاکره⁶² و پیشنهاد : «مذاکره مجموعه ای از روشها و فنونی است که منافع متضاد واحدهای سیاسی مستقل را با هم آشتی می دهد»⁶³. «هر گفتگوی ساده را نمی توان (مذاکره) به معنی اخص کلمه نامید، زیرا امروزه مذاکره به صورت یک فن و حتی هنر درآمده است»⁶⁴. ولی هر گفتگوی ساده شاید مقدمه ای برای مذاکره و نتیجه هماهنگی اراده دولت ها در حل مسائل اجتماعی و برقراری تعادل میان منافع طرفین باشد.

در عصر حاضر قبل از مذاکره در سطح بین المللی، نهاد های مختلف ملی کشورها در ایجاد و انشأ اراده دولت سهیم هستند. این نهاد ها قبل از متعهد ساختن دولت خود، به فرصتی کافی نیاز دارند تا با یکدیگر همکاری کنند و در مواردی از قوه قانون گذاری استمداد می طلبند و انگیزه و اندیشه ضرورت به انعقاد طرح یک معاهده نخست در داخل کشور توسط مجامع سیاسی، مدنی، افراد رسمی یا غیر رسمی ایجاد می گردد. که چنین تفکر، اگر توسط افراد غیر رسمی صورت گرفته باشد؛ باید به مقام ذیصلاح رسمی با ذکر دلایل آن و با در نظر داشت نیازهای جامعه به چنین معاهده ای، ارایه گردد.

اگر چنین تفکری توسط یک مقام رسمی ایجاد گردیده باشد، مقام مذکور موضوع را با در نظر داشت درک ضرورت ها و آینده نگری با سایر مقامات و ادارت ذیربط کشور مطرح ساخته تا از این طریق منافع کشور به وجه احسن در معاهده در نظر گرفته شده و هم از عکس العمل مقامات ذیربط در رابطه به موضوع مذکور، آگاهی لازم کسب گردد. در صورت حصول تأیید تصدیق مراجع داخلی در رابطه به طرح معاهده مذکور، پیشنهاد چنین معاهده به دولت مقابل

61. البته در بعد خارجی یا از نظر قواعد بین الملل عمومی، مراحل انعقاد معاهدات بین المللی عبارت از مذاکره، نگارش، تصدیق و تصویب، تودیع اسناد تصدیق، ثبت در دارالانشأ سازمان ملل متحد، نشر و ورود معاهده به نظام حقوق بین الملل می باشد.

62. Negotiations

63. فلسفی، حقوق بین المللی معاهدات، پیشین، ص ۱۹۴.

64. محمد رضا ضیایی بیگدلی، حقوق معاهدات بین المللی، (پیشین)، ۲۶.

مطرح می‌گردد. همچنان کشور مقابل در صورت ارایه پاسخ مثبت، عین میکانیسم فوق را در رابطه به طرح انعقاد معاهده در داخل کشور خویش طی مراحل می‌کند و بعداً هر دو کشور نماینده‌گان با صلاحیت خویش را جهت انجام مذاکره و عقد معاهده در سطح بین‌المللی معرفی می‌کنند.⁶⁵

به اساس کنوانسیون وین درباره روابط دیپلماتیک مذاکره و گفتگو یکی از وظایف عمده نماینده‌گی دیپلماتیک با حکومت کشور پذیرنده است.⁶⁶ نماینده‌گان دولت‌ها را معمولاً هیأتی مرکب از اشخاص مسلکی، فنی، متخصص و اهل خبره همراهی می‌کند.⁶⁷ چون انسجام عقاید مختلف و نگارش آن در یک متن حقوقی یک کار کاملاً فنی و تخصصی است.

در نظام حقوقی افغانستان به اساس قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی صلاحیت پیشنهاد معاهدات و موافق‌نامه‌های بین‌المللی به وزارت خانه‌ها و ادارات دولتی داده شده است. چنانچه بند دوم ماده ششم این قانون صراحت دارد. «وزارت‌ها و ادارات دولتی، پیشنهاد عقد معاهدات، موافقتنامه‌ها، قراردادهای پروتوکول‌ها و یادداشت‌های تفاهم‌ساحه مربوطه خویش را، بعد از کسب موافقت ادارات ذیربط به وزارت امور خارجه، ارایه می‌نمایند»⁶⁸. و بر اساس بند سوم همین ماده «وزارت خارجه طرح معاهدات، موافقتنامه‌ها، قراردادهای پروتوکول‌ها و یادداشت‌های تفاهم را قبل از عقد، غرض ابراز نظر در مورد مطابقت آن با قانون اساسی و سایر اسناد تقنینی نافذ کشور، به وزارت عدلیه ارایه می‌نماید»⁶⁹. آنچه در این ماده کمبود احساس می‌شود، اینکه ادارات و وزارت خانه‌ها باید صلاحیت پیشنهاد الحاق به کنوانسیون‌ها را نیز دارا می‌بودند. زیرا کنوانسیون‌ها یا معاهدات قانون‌ساز در سطح بین‌المللی در ساحات مختلف بوجود می‌آید. که موضوع ادارات مختلف قرار می‌گیرد. ولی عملاً الحاق به کنوانسیون‌های بین‌المللی از طرف ریاست معاهدات وزارت امور خارجه جمهوری اسلامی افغانستان به شورای وزیران پیشنهاد شده و بعد از تائید کابینه، متن معاهده به ریاست تدقیق وزارت عدلیه جهت مطابقت با قوانین نافذ کشور فرستاده شده و بعد از آنکه ریاست تدقیق جواب مثبت بدهد، نماینده وزارت خارجه اقدام به الحاق می‌نماید. در اخیر این نکته قابل یادآوری است، در رویه عملی موجود، معاهدات بین‌المللی نه در زمان پیشنهاد انعقاد آن به شکل طرح، بلکه بعد از امضای شورای وزیران ارایه می‌گردد. این کار نظر به چند دلیل قابل انتقاد می‌باشد.

⁶⁵. شیرشاه غنی زاده، معاهدات بین‌المللی در افغانستان، (پایان نامه مقطع ماستری رشته حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه کاتب (۱۳۹۴)، ۷۷.

⁶⁶. جزء ۳، بند اول، ماده ۳، کنوانسیون وینا درباره روابط دیپلماتیک (مصوب ۱۹۶۱).

⁶⁷. سرور دانش، درآمدی بر حقوق بین‌الملل عمومی، (پیشین)، ۴۶۷.

⁶⁸. وزارت عدلیه، قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی، (منتشره جریده رسمی، شماره مسلسل ۱۲۳۶، تاریخ نشر ۱۳۹۵/۸/۱۸).

⁶⁹. همان.

- ✓ خلاف قانون معاهدات و قانون طی مراحل اسناد تقنینی است.
- ✓ بعداً باعث مسئولیت بین المللی افغانستان می گردد.
- ✓ نسبت عدم افراد متخصص و مسلکی در ارگان های تقنینی و کورکورانه تصویب نمودن معاهدات از طرف شورای ملی، معاهده مخالف قواعد حقوق داخلی، خصوصاً قاعده های شریعی وارد نظام حقوقی کشور می گردد.
- ✓ حاکمیت قانون را خشه دارد میکند.
- ✓ معاهده محلی برای اجراء پیدا نمی کند.

2-4-2- امضا⁷⁰ : به اساس بند یازدهم ماده سوم قانون معاهدات و میثاق های بین المللی «امضا نشانی کردن معاهده، میثاق، موافقت نامه، قرارداد، پروتوکول و یادداشت تفاهم است، که بعد از ختم مذاکرات و تسوید توسط مراجع ذیصلاح یا نمایندگان تام الاختیار شان، جهت رسمیت بخشیدن به متن آن صورت می گیرد⁷¹». بعد از پایان مذاکره و نوشتن متن اولیه برای انعقاد معاهدات بین المللی، مرحله امضا فرا می رسد که توسط نمایندگان تام الاختیار کشورها صورت می گیرد⁷².

چنانچه در رابطه به افراد دارای (اختیارات تام⁷³) برای انعقاد معاهدات ماده هفتم عهدنامه وین درباره حقوق معاهدات سال ۱۹۶۹ م چنین صراحت دارد. « ۱. یک شخص در صورتی نماینده یک کشور به منظور پذیرفتن یا اعتبار بخشیدن به متن یک معاهده یا به منظور اعلام رضایت آن کشور به التزام در قبال یک معاهده شمرده میشود که - الف) مدارک مناسب و مقتضی در مورد تام الاختیار بودن خود ارائه کند؛ ب) از نحوه عمل کشورهای ذینفع یا اوضاع و احوال دیگر معلوم شود که قصد آنها این بوده است تا آن شخص را برای مقاصد مذکور نماینده آن کشور تلقی نموده و از (لزوم ارائه مدارک) اختیارات تام صرف نظر نمایند. ۲. اشخاص مذکور در ذیل بر حسب سمت هائی که دارند و بی آنکه لازم باشد مدارکی دال بر تام الاختیار بودن ارائه دهند، نماینده کشور خویش محسوب میشوند.

الف) رؤسای کشورها (رئیس جمهور، شاه یا ملکه)، رؤسای حکومتها (نخست وزیر یا صدراعظم) و وزرای امور خارجه، به منظور انجام تمام اعمال مربوط

⁷⁰ Signature

⁷¹ وزارت عدلیه، قانون معاهدات و میثاق های بین المللی، (منتشره جریده رسمی، شماره مسلسل ۱۲۳۶، تاریخ نشر ۱۳۹۵).

⁷² رضاً، موسی زاده، حقوق معاهدات بین المللی، چاپ چهارم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۶، ص ۶۹.

⁷³ «اختیارات تام» به معنای سندی است که بوسیله مرجع صالح یک کشور صادر میشود و طبق آن شخص یا اشخاصی برای نمایندگی آن کشور جهت مذاکره، قبول، یا تأیید اعتبار متن یک معاهده، یا جهت اعلام رضایت آن دولت به التزام در قبال یک معاهده، و یا جهت انجام هر اقدام دیگری در مورد یک معاهده تعیین میگردد. (بند سوم فقره اول ماده دوم معاهده ویانا در امور معاهدات مصوب ۱۹۶۹ مجمع عمومی سازمان ملل متحد)

به انعقاد یک معاهده؛ ب) رؤسای هیأت‌های سیاسی {دیپلماتیک⁷⁴} به منظور پذیرفتن متن یک معاهده بین کشوری که به آنها استوارنامه داده و کشوری که استوارنامه آنها را پذیرفته است؛ ج) نمایندگانی که کشور‌های به یک کنفرانس بین المللی، یا یک سازمان بین المللی، یا یکی از ارگانه‌های آنها به منظور پذیرفتن متن یک معاهده در آن کنفرانس یا سازمان یا ارگان معرفی کرده باشند⁷⁵». همچنان معاهده‌در رابطه به افرادی که بدون اجازه نامه معاهده ای را منعقد نماید صراحت دارد. « اقدام مربوط به انعقاد یک معاهده بوسیله شخصی که بموجب ماده هفتم نماینده کشور مربوطه برای این منظور محسوب نمیشود، اثر حقوقی نخواهد داشت مگر آنکه متعاقباً بوسیله آن کشور مورد تأیید قرار گیرد⁷⁶».

در نظام حقوقی افغانستان به اساس ماده چهارم قانون معاهدات و میثاق‌های بین المللی رئیس جمهور شخصاً صلاحیت عقد معاهدات را دارا می باشد. مگر اینکه با اساس بند ۱۷ ماده ۶۴ ق.ا. « اعطای (اعتبار نامه⁷⁷) به غرض عقد معاهدات بین الدول مطابق به احکام قانون» و همچنان مطابق فقره اول ماده ۴ قانون معاهدات و میثاق‌های بین المللی «رئیس جمهور معاهدات را مستقیماً عقد نموده یا اعتبار نامه را غرض انجام مذاکرات یا عقد معاهدات مندرج (ماده نهم⁷⁸) این قانون به نماینده خود اعطأ می نماید». همچنان مطابق بند دوم این ماده اعتبار نامه باید قبل از انجام مذاکره میان نماینده رئیس و طرف مقابل تعاطی گردد. بنا بر رئیس جمهور منحیث شخص اول کشور صلاحیت عقد هر نوع معاهده را در چوکات قانون دارا می باشد.

ضمناً بر اساس بند سوم ماده چهارم همین قانون برای انعقاد معاهدات اجرائی و قراردادی مطابق قانون معاهدات وزیر خارجه نیز صلاحیت مستقیم دارد. « وزیر امور خارجه معاهدات (به استثنای معاهدات مندرج ماده نهم این قانون)، موافقتنامه‌ها، قراردادهای پروتوکول‌ها و یادداشت‌های تفاهم را مستقیماً خود امضأ می نماید». ضمن آنکه به اساس بند بعدی این ماده وزیر خارجه می تواند (صلاحیت نامه⁷⁹) را جهت امضای معاهده و یا اشتراک در جلسات بین المللی به

74. بر اساس ماده چهاردهم معاهده ویانا سال ۱۹۶۳ م در امور دیپلماتیک (رئیس مأموریت را به سه دسته تقسیم می‌کند که سفیران و نمایندگان پاپ، فرستادگان و وزیران مختار کشورها، و نمایندگان پاپ و کاردار می‌باشند).

75. مجمع عمومی سازمان ملل متحد، معاهده ویانا در خصوص معاهدات، (مصوب ۱۹۶۹).

76. همان، ماده ۸.

77. اعتبار نامه سند رسمی است، که رئیس جمهور اسلامی افغانستان غرض انجام مذاکرات و امضای معاهدات مندرج فقره اول ماده نهم به نماینده خود تفویض می نماید. (بند دوم ماده سوم تعدیل قانون معاهدات و میثاق‌های بین المللی مورخ ۱۳۹۶/۶/۲). همچنان مطابق ماده پنجم ان قانون اعتبار نامه باید به یکی از زبان‌های ملی و یک زبان معتبر بین المللی تحریر و ترتیب گردد.

78. رجوع کنید به ماده نهم قانون معاهدات و میثاق‌های بین المللی (منتشره جریده رسمی ۱۳۹۵).

79. صلاحیت نامه سند رسمی است که به موجب آن وزیر امور خارجه شخصی را به منظور مذاکره و امضای موافقت نامه، پروتوکول و معاهده به استثنای حکم مندرج فقره اول ماده نهم این قانون یا اشتراک در جلسات بین المللی به نمایندگی از دولت جمهوری اسلامی افغانستان معرفی نماید. (بند

نماینده‌گی از دولت جمهوری اسلامی افغانستان برای وزیر، معینان وزارت ها، رؤسای عمومی ادارات مستقل یا معاونان آنها، سفرا، شارژدیفیرها، و جنرال قونسل ها اعطاً نماید. همچنان صلاحیت نامه قبل از شروع مذاکره باید میان نماینده وزیر خارجه و طرف مقابل تعاطی گردد.

در نظام حقوقی افغانستان وزارت خارجه نیز می تواند مسوده تمام معاهدات را قبل از امضا (پاراف⁸⁰) نماید. چنانچه ماده هشتم قانون معاهدات و میثاق های بین المللی در این مورد صراحت دارد. « مسوده معاهدات، موقت نامه ها، قراردادهای، پروتوکول ها و یادداشت های تفاهم قبل از امضا و بعد از توافق جانبین، از جانب وزارت خارجه امضای مختصر (پاراف) می گردد». معاهدات بین المللی در هر موضوعی که باشد بعد از امضا از خود آثار حقوقی به جا می گذارد که ذیلاً آنها بررسی می گردد.

- ✓ امضا پیش از هر چیز باعث رسمیت یافتن متن معاهده می شود.
- ✓ در مواردی امضا می تواند به طور قطعی ایجاد الزام برای کشور امضا کننده نماید، خصوصاً در معاهدات اجرائی و قراردادی.
- ✓ امضای معاهده باعث ایجاد الزامیت رفتاری برای دولت امضا کننده می شود، به ویژه امضا به قصد تأیید و تصویب صورت گرفته باشد. در مدتی که معاهده هنوز لازم الاجراء نشده است، دولت امضا کننده نمی تواند به بهانه لازم الاجراء نبودن معاهده، اقدامی که به هدف و منظور معاهده لطمه وارد می کند، انجام دهد.⁸¹
- ✓ امضای معاهده (در معاهدات رسمی⁸²) برای قوه مجریه ایجاد الزام می کند تا متن معاهده را جهت تصویب به قوه مقننه تسلیم کند. البته ناگفته نماند که قوه مقننه نیز الزامی برای تصویب آن معاهده ندارد.⁸³

سوم ماده سوم تعدیل قانون معاهدات و میثاق های بین المللی مورخ ۱۳۹۶/۶/۲). همچنان مطابق ماده پنجم ان قانون صلاحیت نامه باید به یکی از زبان های ملی و یک زبان معتبر بین المللی تحریر و ترتیب گردد.

⁸⁰ پاراف (paraphe) یا امضای مختصر تأیید موقت معاهده یا میثاق توسط نماینده دولت است، که فاقد صلاحیت امضای آن بوده، بدون آنکه دولت خود را ملزم به امضای قطعی معاهده نماید، با پاراف نمودن، توافق موقت خود را به متن معاهده یا میثاق اعلام می نماید. (بند دوازدهم ماده سوم قانون معاهدات و میثاق های بین المللی).

⁸¹ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، معاهده وینا در خصوص معاهدات، ماده ۱۸، (مصوب ۱۹۶۹).

⁸² Law Making Treaty.

⁸³ موسی زاده، حقوق معاهدات بین المللی، (پیشین)، ۷۱-۷۰.

در اخیر لازم به ذکر می‌دانم که در رویه عملی، اعتبار نامه و صلاحیت نامه توسط وزارت امور خارجه صادر می‌گردد و تفکیکی میان آنها موجود نیست.⁸⁴

2-4-3- تصویب⁸⁵ و تصدیق⁸⁶ - امضای معاهده فقط مبین مضمون اراده دولت ها است و قواعد ناشی از معاهده را الزام آور نمی‌سازد. هر قاعده آنگاه الزام آور است که دولتها آنرا تصویب کرده باشند. تصویب تأییدی است از معاهده که مقامات صلاحیت دار داخلی با انجام آن، دولت خود را در قبال سایر دولتها متعهد و ملتزم می‌کنند یا. تصویب، تأیید نهایی دولتها از عملی حقوقی است که نمایندگان تام الاختیار آنها با امضای خود آنرا محق می‌سازند و با مبادله اسنادی که تأیید در آنها بیان شده است به ثبوت می‌رسد.⁸⁷ بدین ترتیب، تصویب معاهده به منزله التزام نهایی کلیه قوای مملکتی نسبت به اجرای مندرجات معاهده می‌باشد؛ درحالیکه امضای مقدماتی معاهده، چنانکه قبلاً ذکر شد فقط تعهد قوه مجریه است، آن هم نسبت به احتراز از اقداماتی که اجرای معاهده را پس از تصویب مشکل یا ناممکن می‌گرداند.⁸⁸ در افغانستان بر اساس بند 5 ماده 91 قانون اساسی «تصدیق معاهدات و میثاقهای بین المللی یا فسخ الحاق افغانستان به آن»⁸⁹. و بر اساس بند 14 ماده سوم قانون معاهدات و میثاق های بین المللی تصویق عبارت است از «تصویب معاهده و میثاق بین المللی از طرف شورای ملی جمهوری اسلامی افغانستان»⁹⁰ صورت می‌گیرد.

امروزه بیشتر معاهدات بین المللی نوین تنها با تصویب لازم الاجراء می‌شوند. تقریباً هر دولتی مقررات داخلی مفصلی را تهیه کرده است که فرایند تصویب و مقام تصویب کننده معاهدات را اعلام می‌دارد و مقام تصویب کنند در قوانین اساسی کشورها معین می‌گردد. بدین ترتیب التزام به یک معاهده فقط از طریق تصویب آن، توسط مقامات صالحه یک کشور، امکان پذیر می‌باشد، مگر اینکه در معاهده طوری دیگر توافق شده باشد، ماده 11 معاهده وین در خصوص معاهدات درباره روشهای اعلام رضایت به التزام در قبال یک معاهده می‌نویسد. «رضایت یک کشور به التزام در قبال یک معاهده، از طریق امضاء، مبادله اسناد

84. شیر شاه غنی زاده، (پیشین)، 80.

85. Ratification

86. تصویب و تصدیق در قوانین افغانستان به شکل مترادف به کار رفته است. صلاحیت مذکور از آن شورای ملی بوده است که در بند پنجم ماده 90 قانون اساسی و فقره اول ماده نهم معاهدات و میثاق های بین المللی تحت عنوان تصدیق بکار رفته است.

87. فلسفی، پیشین، ص 140.

88. سیدحسین عنایت، تنظیم معاهدات بین المللی در حقوق کنونی ایران، (تهران: نشر طباطبائی، 1370)، 71.

89. وزارت عدلیه، قانون اساسی، (منتشره جریده رسمی، شماره مسلسل 818، تاریخ نشر 1392).

90. وزارت عدلیه، قانون معاهدات و میثاق های بین المللی، (منتشره جریده رسمی، شماره مسلسل 1236، تاریخ نشر 1395).

تشکیل دهنده یک معاهده، تنفیذ، پذیرش، تصویب، الحاق، یا به وسیله دیگری که در مورد توافق قرار گرفته باشد، اعلام می شود⁹¹». همچنان این معاهده فقید می‌گردد که « به جز در مواردی که معاهده روش دیگری را مقرر کرده باشد، اسناد تصویب، قبولی، تأیید یا الحاق در صورتی به منزله اعلام رضایت کشور به التزام در قبال یک معاهده محسوب می شود که - ۱. اسناد میان کشورهای متعاقد مبادله شود؛ ۲. اسناد نزد امین تودیع گردد؛ ۳. در صورتی که در این مورد توافق شده باشد، اسناد به کشور های متعاقد یا امین ابلاغ گردد⁹²». از مفاد این ماده در مورد معاهدات چنین استنتاج می شود که، التزام در قبال یک معاهده فقط بعد از تصویب و اعلام آن به کشورهای دیگر یا تودیع آن نزد (امین معاهده⁹³) امکان پذیر است، مگر اینکه کشورهای طرف معاهده طوری دیگر توافق کرده باشند. این نشان میدهد که تصویب نقش تعیین کننده در مورد لازم الاجراء شدن یک معاهده دارد و تنها از این طریق است که معاهده برای کشورها می تواند حقوق و تکالیفی را ایجاد نماید.

تصویب معاهدات بین المللی دارای یک سلسله ویژگی و خصوصیات می باشد که دولت ها بر اساس آن می توانند مهلت کامل برای تصویب بدست بیاورند. بناً اولاً - برای تصویب مدت معین نشده است. ثانیاً - تصویب می تواند به شرط صورت بگیرد و ثالثاً - یک دولت می تواند خود داری از تصویب نماید. اما آنچه قابل بحث است، اینکه آیا کشورها اجازه دارند تصویب جزئی نمایند؟ در پاسخ باید گفت - از اینکه کشورها به اساس عهدنامه وین در خصوص معاهدات دارای حق شرط می باشند. « یک کشور هنگام امضاء، تنفیذ، قبولی، تصویب یا الحاق به یک معاهده میتواند تعهد خود نسبت به آن معاهده را مشروط کند مگر در صورتیکه - ۱. معاهده حق شرط را ممنوع کرده باشد؛ ۲. معاهده مقرر کرده باشد که حق شرط فقط در موارد خاص که شامل تعهد مورد بحث نیست، مجاز است. ۳. در غیر موارد مشمول بندهای (۱) و (۲)، وقتی که حق شرط با هدف و منظور معاهده مغایرت داشته باشد⁹⁴». بناً این حق منتفی خواهد بود.

در نظام حقوقی افغانستان مطابق قانون اساسی و قانون معاهدات و میثاق های بین المللی صلاحیت تصویب معاهدات انحصاراً از شورای ملی می باشد. اما قوای دیگر نیز صلاحیت های خاصی را در این مورد به عهده دارند. از آنجائیکه در افغانستان معاهدات بین المللی همانند قوانین عادی به تصویب می رسد و همکاری قوای ثلاثه در موارد مختلف باهم موجود است بناً در تصویب معاهدات

91. مجمع عمومی سازمان ملل متحد، معاهده وینا در خصوص معاهدات، (مصوب ۱۹۶۹).

92. همان، ماده ۱۶.

93. همان، ماده ۷۶ « تعیین امین برای معاهده ممکن است توسط کشورهای مذاکره کننده در خود معاهده یا به نحو دیگری صورت گیرد. امین میتواند یک یا چند کشور، یا سازمان بین المللی، یا بالاترین مقام اداری آن سازمان باشد».

94. همان، ماده ۱۹.

به شکل غیر مستقیم دخالت دارند و شورای ملی (قوه مقننه) خصوصاً ولسی جرگه با در نظر داشت تشریفات خاصی اقدام به اعمال این صلاحیت میکند. چنانچه بند پنجم ماده ۹۰ قانون اساسی در این مورد صراحت دارد. «... تصدیق معاهدات و میثاقهای بین المللی یا فسخ الحاق افغانستان به آن... از صلاحیت شورای ملی می باشد» این ماده نشان میدهد که مقام صالحه برای تصویب معاهدات و میثاق های بین المللی شورای ملی می باشد. همچنان قانون معاهدات و میثاق های بین المللی در مواد مختلف مرجع با صلاحیت تصویب و تصدیق معاهدات بین المللی را شورای ملی دانسته چنانچه در این مورد فقره اول ماده نهم این قانون صراحت دارد. «معاهدات و میثاق های بین المللی در ساحات ذیل بعد از تائید شورای وزیران، تصدیق شورای ملی و توشیح رئیس جمهور مرعی الاجراء می گردد.

- ✓ معاهده متارکه (ختم جنگ)؛
- ✓ معاهده تعیین و تثبیت سرحدات؛
- ✓ معاهده برقراری روابط خارجی، دوستی و همکاری های بین المللی؛
- ✓ معاهده عدم توسل به قوه و تجاوز؛
- ✓ معاهده تأسیس سازمان بین المللی؛
- ✓ معاهده که ایجاب تعدیل قانون نافذ را نماید؛
- ✓ معاهده موقف حقوق اتباع؛
- ✓ معاهده اعطای یا اخذ قرضه یا اعطای معافیت های مالیاتی و محصولات گمرکی؛
- ✓ معاهده استرداد متهمین و محکومین و همکاری های قضائی؛
- ✓ معاهده میثاق های بین المللی (کنواسیون ها) و پروتوکول ها و منضمه آنها؛
- ✓ معاهدات و موافقتنامه های امنیتی؛
- ✓ معاهدات و موافقتنامه های اقتصادی؛
- ✓ سایر معاهداتی که به مقتضای محتوا و ماهیت، ایجاب تصدیق شورای ملی را نمایند⁹⁵.

هم چنان فقره دوم این ماده تصویب و تصدیق بعضی از معاهدات را از دایره صلاحیت شورای ملی خارج نموده و شورای وزیران را ذیصلاح می داند. «یادداشت های تفاهم، موافقتنامه ها قرارداد های ساده و اجرائی که به تشخیص وزارت خارجه ایجاب تصدیق شورای ملی را نمی نماید از طرف شورای وزیران تصویب و مرعی الاجراء می گردد»⁹⁶.

⁹⁵. وزارت عدلیه، قانون معاهدات و میثاق های بین المللی، (منتشره جریده رسمی، شماره مسلسل ۱۲۳۶، تاریخ نشر ۱۳۹۵).

⁹⁶. همان.

اما رویه معمول در تصویب معاهدات آنست که شورای ملی این کار را بعد از تشریفات خاصی می تواند انجام دهد، که اولی آن در بحث مذاکره و پیشنهاد مطابق ماده ششم قانون معاهدات و میثاق های بین المللی بررسی گردید و تشریفات دومی همان بررسی مطابقت معاهدات با قانون اساسی افغانستان است. که معمولاً پیشنهاد از طرف سایر کشورها و یا اینکه الحاق به معاهده ای صورت می گرفته باشد. که در این چنین موارد ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان ستره محکمه را دارای صلاحیت بیان می دارد. « 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»⁹⁷.

مطابق ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان ستره محکمه افغانستان صلاحیت بررسی مطابقت معاهدات بین المللی و میثاق های بین المللی را با قانون اساسی دارد، ولی شرط اساسی آنست که حکومت از ستره محکمه این مامول را درخواست رسمی نماید. زیرا مستقیم ستره محکمه این صلاحیت را ندارد و هدف از این بررسی مطابقت مفاد مندرج در معاهدات بین المللی، با قانون اساسی و اصول و معتقدات اسلامی است، که ماده سوم قانون اساسی بر آن تأکید دارد، چنانچه در این ماده بیان شده در افغانستان هیچ قانونی نمی تواند مخالف معتقدات دین اسلام باشد. بنابراین ستره محکمه کشور علاوه بر مطابقت معاهدات بین المللی با قانون اساسی می تواند آنرا با اصول و معتقدات اسلامی نیز مطابقت دهد. بعد از این بررسی و نبود تعارض است که معاهدات با تأیید از ستره محکمه، غرض تصویب به شورای ملی فرستاده می شود.

شورای ملی بعد از بحث و بررسی های لازم معاهده و سنجش آن با منافع ملی کشور، در صورت موافقت، آنرا غرض تصویب به رای میگذارد. در صورتیکه دوسوم اعضای حاضر به آن رای مثبت دهد، معاهده جهت نظر تأییدی به مشرانو جرگه (مجلس اعیان یا سنا) فرستاده شده در صورت موافقت مشرانو جرگه معاهده تصویب شده و جهت توشیح به رئیس جمهور فرستاده می شود. (البته توشیح صرف بخاطر نشر است). در صورت عدم توافق مشرانو جرگه با تصویب معاهده از سوی ولسی جرگه (مجلس عوام یا نمایندگان) کمیسیون مختلط از هر دو مجلس شورای ملی (ولسی جرگه و مشرانو جرگه) به تعداد مساوی اعضا انتخاب شده در صورت رفع اختلاف معاهده تصویب شده تلقی می گردد. در صورت عدم رفع اختلاف معاهده دوباره به ولسی جرگه فرستاده شده و دوباره به رای گذاشته می شود، اینبار اگر معاهده با دوسوم آرای مثبت اعضای حاضر را

⁹⁷. وزارت عدلیه، قانون اساسی، (منتشره جریده رسمی، شماره مسلسل ۸۱۸، تاریخ نشر ۱۳۸۲).

بدست آورد، تصویب شده تلقی گردیده و بدون فرستادن به مشرانو جرگه غرض توشیح به رئیس جمهور فرستاده می شود.

در اخیر باید اظهار نمود، آنچه به صراحت در متن ماده نهم قانون معاهدات و میثاق های بین المللی افغانستان بیان گردیده است تفکیک میان معاهدات ساده و معاهدات قانون ساز است. که رویه معمول در تصویب معاهدات تا حال نیز مؤید این تفکیک بوده چنانچه موافقتنامه تجارت و ترانزیت میان افغانستان و پاکستان که در سال ۲۰۱۰م به امضا رسید، بدون ارائه، غرض تصویب به شورای ملی لازم الاجراء شناخته شد، درحالیکه قرارداد استراتیژیک میان ایالات متحده آمریکا و افغانستان در سال ۲۰۱۴ بعد از بحث همه جانبه که بر روی آن صورت گرفت مورد تصویب پارلمان قرار گرفت. این نشان میدهد که تفکیک میان معاهدات از نظر ماهوی در رویه معمول وجود داشته و آوردن کلمه معاهدات بین المللی هر چند شامل تمامی قرارداد ها می شود. اما اصولاً قرارداد های ساده و اجرائی از دایره آن خارج بوده و نیازمند تصویب پارلمان نمی باشد.

3- سلسله مراتب هنجاری معاهدات در نظام حقوقی افغانستان

بحث روی سلسله مراتب هنجاری قواعد حقوقی یکی از موضوعات اساسی رشته حقوق عمومی می باشد و این موضوع را اکثراً قوانین اساسی کشورها بیان می نمایند. از طرف دیگر به اساس نظریه (حاکمیت حقوقی⁹⁸) این ملت است که تصمیم می گیرد، تحت کدام شرایط و به اساس کدام قاعده زندگی اجتماعی را تنظیم نماید. اما اگر قاعده ای خارج از اراده ملت یا قانون گذاری در قلمرو دیگر ایجاد شده و وارد یک کشور می شود، چطور می توان آنرا توجیه قانونی نموده و در سلسله مراتب قواعد داخلی جای داد؟ بنأ بخاطر بهتر دانستن این موضوع این مبحث را تحت دو عنوان جداگانه طوریکه در جزء اول موقف قوانین افغانستان در درباره سلسله مراتب هنجاری معاهدات و در جزء دوم موقف معاهده ۱۹۶۹م در خصوص سلسله مراتب معاهدات در حقوق داخلی کشورها را بررسی می نمائیم.

3-1 موقف قوانین داخلی در درباره سلسله مراتب

⁹⁸. دایسی حقوق دان مشهور انگلیسی حاکمیت را به حاکمیت حقوقی و سیاسی تقسیم می کند. ۱. حاکمیت حقوقی عبارت از سهم بودن ملت در قانون گذاری به صورت مستقیم یا توسط نماینده های شان در قوه مقننه می باشد. ۲. حاکمیت سیاسی عبارت از انتقال قدرت سیاسی از طریق رأی به حکومت و دوباره اعمال آن از طریق قوه مجریه بالای ملت است. عبدالوحد نیاز، به نقل از حقوق اساسی عمومی، چاپ سوم، (کابل: انتشارات یوسف زاد، ۱۳۹۵)، ۱۵۱-۱۵۰.

همان قسم که مبرهن است، قانون در دو معنی بکار می رود⁹⁹. اما هدف اصلی ما در این جا قانون اساسی می باشد. لذا موقف قوانین اساسی کشور را از ابتدا و موقف قانون اساسی جدید را به صورت مشرح بیان می نمایم.

از طرف دیگر در سلسله مراتب قوانین داخلی کشورها، از قانون اساسی به عنوان (قانون مادر) یا (ام القوانين) یاد می شود زیرا اسناد تقنینی از نظر سلسله مراتب به ترتیب ذیل، درجه بندی می شود. در درجه اول، قانون اساسی؛ در درجه دوم، قوانین عادی؛ در درجه سوم، مقررہ ها، اساسنامه ها و مصوبات حکومت و در درجه چهارم لوایح داخلی ادارات و طرز العمل ها؛ بناً تمام اسناد تقنینی دیگر باید در چارچوب قانون اساسی و مطابق با مفاد و روحیه و نصوص آن وضع شود و اگر کمترین مخالفت یا تعارض با احکام آن داشته باشند، از اعتبار حقوقی ساقط و ملغی تلقی می شوند.

در قانون اساسی سال ۱۳۰۳ ه.ش 100 در رابطه به معاهدات اصلاً اشاره ای نشده بود. اما قانون اساسی سال ۱۳۱۰ ه.ش در رابطه به معاهدات در دو ماده ۴۶ و ۶۵ اشاراتی داشته است. چنانچه ماده ۴۶ صراحت دارد. «عقد مقاولات و معاهدات اعطای امتیازات (انحصار) اعم از تجارتي، صنعتی، فلاحتی و غیره خواه از طرف داخله باشد یا خارجه به تصویب مجلس شورای ملی می رسد¹⁰¹». همچنان در ماده ۶۵ این قانون آمده است. «موادی که در مجلس شورای اسلامی تصویب می شود باید با حکم دین مبین اسلام و سیاست مملکت مخالفت نداشته

99. اکثر استادان حقوق قانون را به معنی عام و خاص تعریف نموده اند. قانون در معنی عام در برگیرنده قانون اساسی، قوانین عادی، فرامین تقنینی، مقررات، اساسنامه ها، لوایح و طرز العمل می شود. اما قانون در معنی خاص صرف شامل قوانین عادی مصوب پارلمان می شود. نظام الدین عبدالله، انواع قانون و فرایند قانون گذاری در نظام حقوقی افغانستان، (کابل: انتشارات سعید ۱۳۹۴)، ۷.

100. افغانستان بعد از آنکه در سال ۱۲۹۸ ه.ش استقلال خود را گرفت، بدون وقفه به جنبش (قانون اساسی گرائی یا دستور گرائی)¹⁰⁰ پیوست و در سال ۱۳۰۱ ه.ش اولین قانون اساسی خویش را نوشته و در سال ۱۳۰۳ ه.ش تحت عنوان نظام نامه اساسی دولت علیه افغانستان در لویه جرگه پغمان در ۷۳ ماده تصویب نمود و صاحب قانون اساسی گردیده و به نو سازی نظام حقوقی خود اقدام نمود. بعد از آن با به قدرت رسیدن نادر خان در سال ۱۳۱۰ ه.ش دومین قانون اساسی تحت عنوان اصول نامه اساسی دولت علیه افغانستان در ۱۱۰ ماده در لویه جرگه ای متشکل از بزرگان افغانستان تصویب شد. این قانون اساسی تا سال ۱۳۴۳ ه.ش نافذ بوده و در این سال سومین قانون اساسی تحت عنوان قانون اساسی افغانستان در ۱۲۸ ماده تصویب شد. ولی با اعلان جمهوریت در سال ۱۳۵۲ ه.ش توسط محمد داود خان در سال ۱۳۵۵ ه.ش چهارمین قانون اساسی را تحت عنوان قانون اساسی جمهوری افغانستان در ۱۳۶ ماده تصویب نمود. اما با کودتاه هفت ثور سال ۱۳۵۷ ه.ش توسط حزب دموکراتیک خلق افغانستان، پنجمین قانون اساسی را در سال ۱۳۵۹ ه.ش تحت عنوان اصول اساسی جمهوری دموکراتیک توسط کنگره حزب دموکراتیک خلق افغانستان در ۶۸ ماده تصویب نمود. ولی ششمین قانون اساسی تحت عنوان قانون اساسی جمهوری افغانستان در لویه جرگه سال ۱۳۶۶ ه.ش در ۱۴۹ ماده تصویب شد و آخرین قانون اساسی کشور تحت عنوان قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان در ۱۲ فصل و ۱۶۲ ماده به تاریخ ۱۴ جدی سال ۱۳۸۲ ه.ش در لویه جرگه ای که به همین منظور دایر شده بود تصویب گردیده و فعلاً نافذ می باشد. (سرور دانش، حقوق اساسی افغانستان، (پیشین) 87-91.

101. وزارت عدلیه، قوانین اساسی افغانستان از ۱۳۰۱-۱۳۸۲، (ریاست نشرات و ارتباطات عامه ۱۳۹۲)، ۶۰ - ۶۸.

باشد¹⁰²». دیده می شود این قانون از قاعده های بین المللی یادی نکرده و هدف ماده ۴۶ نیز معاهدات اجرائی و دوجانبه افغانستان با دول خارجی می باشد و در رابطه به جایگاه هنجاری معاهدات در سلسله مراتب قواعد حقوقی و تعهدات افغانستان درباره قواعد بین المللی اصلاً چیزی نگفته است.

قانون اساسی سال ۱۳۴۳ ه.ش نیز در فقره دوم ماده ۶۴ از تصدیق معاهدات توسط شورای ملی یاد کرده و از اجراء یا سلسله مراتب قواعد بین المللی در افغانستان چیزی نگفته است. ولی برای اولین بار در قانون اساسی سال ۱۳۵۵ ه.ش است که در ماده دوازدهم منحصیث یکی از اهداف این قانون به صراحت از احترام به منشور ملل متحد و اعلامیه جهانی حقوق بشر یاد می گردد. در این ماده آمده «احترام به اساسات منشور ملل متحد، اعلامیه جهانی حقوق بشر و صلح عادلانه...»¹⁰³. همچنان در ماده ۶۲ از مرجع تصدیق کننده معاهدات توسط (ملی جرگه)¹⁰⁴ و در بند ۱۵ ماده ۷۸ از مقام عقد و توشیح کننده که رئیس جمهور می باشد یاد شده است. ولی از هیچ کدام مواد این قانون، سلسله مراتب هنجاری معاهدات در نظام حقوق داخلی چیزی معلوم نمی گردد. ولی قانون مدنی افغانستان که در همین سال نشر گردیده در مواد ۳۰ و ۳۱ خود به صورت ضمنی معاهدات بین المللی را مساوی با قوانین عادی دانسته است که، جزایات آن بعداً بیان خواهد شد.

قانون اساسی سال ۱۳۵۹ ه.ش پا کمی فراتر گذاشته و در مقدمه خود از احترام به اعلامیه جهانی حقوق بشر و در ماده ۱۶ به صراحت از رعایت قواعد بین المللی در افغانستان یاد نموده است. چنانچه این ماده بیان می دارد «جمهوری دموکراتیک افغانستان منشور سازمان ملل متحد و اصول قبول شده عمومی حقوق بین المللی را احترام و رعایت کرده از فعالیت های سازمان ملل متحد مبنی بر تحکیم صلح و انکشاف همکاری های بین المللی پشتیبانی می کند»¹⁰⁵. این قانون در بند دهم ماده ۳۷ از تصویب و الغای معاهدات (توسط شورای انقلابی جمهوری)¹⁰⁶ و در بند نهم ماده ۴۷ یکی از صلاحیت های شورای وزیران را عقد معاهدات بین المللی می داند. قسمی که دیده می شود این قانون صراحت بیشتر در رابطه به معاهدات بین المللی و اجراء شان در نظام حقوقی افغانستان داشته است. ولی از جایگاه هنجاری آنها در سلسله مراتب قواعد حقوقی چیزی گفته نشده

102. همان، ص ۷۴.

103. همان، ص ۱۶۷.

104. به اساس ماده ۴۸ قانون اساسی سال ۱۳۵۵ ملی جرگه مظهر اراده مردم بوده و به اساس ماده ۴۹ (اعضای ملی جرگه که ۵۰٪ آنرا دهقانان و کارگران تشکیل می دهد از جانب حزب پیشنهاد و از طرف مردم برای مدت چهار سال انتخاب می شوند). همان، ۱۸۰.

105. همان، ۲۴۱.

106. این شورا عالی ترین ارگان دولتی در آن زمان بود، که از نماینده های تمام اقشار جامعه به صورت انتصابی و انتخابی تشکیل شده بود. برای معلومات بیشتر رجوع کنید به صفحات ۲۵۶ الی ۲۶۲ همان.

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»¹¹¹.

ضمناً با در نظر داشت ماده هفتم این قانون « دولت منشور ملل متحد، معاهدات بین الدول و میثاق های بین المللی را که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه جهانی حقوق بشر را رعایت می کند»¹¹². که افغانستان را مکلف به رعایت معاهدات و میثاق های بین المللی نموده است. می توان چنین تحلیل نمود، که از لحاظ تئوری، نظام حقوقی افغانستان از نظر یگانگی حقوق بین الملل پیروی می کند. چون در این کشور معاهدات بین المللی بعد از تصویب شورای ملی و توشیح رئیس جمهور، جهت آگهی و مخاطب قرار دادن شخصیت های حقیقی و حقوقی، در جریده رسمی نشر می گردد. با این حال در نتیجه افغانستان مانند اکثر کشورها در رویه خود عملاً برتری قواعد بین المللی را بر قواعد عادی حقوق داخلی پذیرفته است نه بر قواعد اساسی، زیرا کنون هیچگاه اقدام به نقض یک معاهده با تمسک به قواعد عادی حقوق داخلی نکرده است¹¹³.

شاید فکر شود که این ماده با رعایت قوانین بین المللی آنان را جزء از حقوق ملی ساخته است، همانطوریکه در بسیاری کشور های جهان حقوق بین الملل جزء ای از حقوق کشور به حساب می آید. اما به نظر می رسد، کلمه رعایت در این ماده بسیار عام است و تنها یک جهت مسئله را می تواند روشن کند که جنبه بین المللی مسئله است و آن اینکه دولت را در قبال تحقق تعهداتش در رابطه با جامعه بین المللی مکلف می سازد. تعهد دولت برای رعایت معاهدات بین المللی که در این ماده ذکر شده است به این معنا نیست که قواعد آن برای استفاده شهروندان حاضر و آماده اند و جزء از نظام حقوقی افغانستان شده و به همین کیفیت برای افراد حقوق و وجایب ایجاد میکنند و در صورت نقض آن، فرد متضرر می تواند به استناد به آن در برابر محکمه ادعای حق نماید¹¹⁴.

بحث دیگر در افغانستان ماده سوم قانون اساسی است، که قواعد و مقررات مغایر با شریعت اسلامی را در نظام حقوقی افغانستان قبول ندارد. ولی سوال اینجاست که هرگاه اسناد بین المللی، که افغانستان آن را تصویب یا به آن ملحق شده باشد، حاوی احکامی مغایر با احکام شریعت باشد، دولت کدام را باید رعایت کند. حکم ماده سوم یا حکم ماه هفتم؟ به عبارت دیگر در این صورت آیا ترجیح با شریعت اسلامی است یا قواعد بین المللی؟

111. وزارت عدلیه، قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، پیشین.

112. همان.

113. شیرشاه، غنی زاده، جایگاه معاهدات بین المللی در افغانستان، (پیشین)، ۸۹.

114. عید محمد، عزیزپور، قانون اساسی افغانستان و موازین بین المللی، قابل دسترس در سایت.

البته در بحث مطابقت قانون اساسی با قوانین عادی در تمام کشورها اولویت به قانون اساسی است. اما در بحث مغایرت معاهدات با قانون اساسی کشورها رویکرد های متفاوت دارد. برخی در حالت تعارض، حقوق بین الملل را رجحان داده اند، مثل فرانسه و برخی حقوق داخلی را رجحان داده اند، مثل نیکاراگوئه ولی در قانون اساسی فعلی افغانستان از یک طرف در ماده هفتم و برخی مواد دیگر دولت افغانستان مکلف شده که اعلامیه حقوق بشر و میثاق های بین المللی را رعایت می کند و از طرف دیگر رعایت این میثاق و معاهدات امکان دارد که مطابق بند پنجم فقره اول ماده ۹۰ قانون اساسی^{۱۱۵}، بعد از تصدیق پارلمان، تبدیل به قانون داخلی شوند. بدون شک موقعی که تبدیل به قانون داخلی شد، حکم ماده سوم قانون اساسی باید تطبیق گردد. یعنی اگر میثاق مخالف با معتقدات و احکام اسلام باشد، غیر قابل تطبیق خواهد بود^{۱۱۶}.

هم چنین مطابق ماده ۱۲۱ قانون اساسی ستره محکمه صلاحیت دارد مطابقت معاهدات و میثاق های بین المللی را نیز با قانون اساسی، حتی بعد از تصدیق شورای ملی بررسی نماید. این بررسی به منظوری صورت می گیرد، که قانون یا معاهده ای با قانون اساسی مغایرت و مخالفت داشته باشد، لغو خواهد شد.

3-1-2- موقف قانون عادی : قانون مدنی افغانستان به سلسله مراتب قواعد بین المللی در قضایای مدنی مانند قوانین عادی سایر کشور درباره سلسله مراتب و جایگاه هنجاری معاهدات بین المللی بحث نشده است^{۱۱۷}. اما ماده ۳۱ قانون مدنی افغانستان چنین صراحت دارد. «احکام مندرج مواد قبلی این قسمت در صورتی نافذ می باشد که مخالف آن حکم دیگری در قانون اختصاصی یا معاهده بین الدول که در افغانستان نافذ است نباشد»^{۱۱۸}. دیده می شود، معاهدات بین المللی در قانون مدنی افغانستان مترادف به قانون اختصاصی می باشد. از اینکه قانون اساسی به این نام، قانونی را تعریف نکرده است. بنأ هدف از قانون اختصاصی، قانون عادی در یک ساحه خاص است. مانند - قانون رسانه ها، قانون بانکداری ... و غیره که اکثریت قوانین عادی افغانستان قوانین اختصاصی می باشد. ولی در سایر کشورها قانون عادی شان نیز در قسمت معاهدات بین المللی تعیین موقوف نموده است. مثلاً - ماده نهم قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران معاهدات بین المللی را به صراحت

^{۱۱۵}. شورای ملی دارای صلاحیت های ذیل می باشد «... تصدیق معاهدات و میثاق های بین المللی یا فسخ الحاق افغانستان به آن؟...»

^{۱۱۶}. سرور دانش، حقوق اساسی افغانستان، (پیشین)، ص ۳۸۸.

^{۱۱۷}. قانون مدنی ایران به صراحت در ماده نهم خود « مقررات عهودی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول، منعقد شده باشد. در حکم قانون است» بیان می دارد.

^{۱۱۸}. وزارت عدلیه، قانون مدنی، (منتشره جریده رسمی، شماره مسلسل ۳۵۳، سال ۱۳۵۵).

در حکم قانون عادی بیان نموده است مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول، منعقد شده باشد در حکم قانون است¹¹⁹».

با در نظر داشت مفهوم رعایت، آنچه که نتیجه گرفته می شود این است، برای اینکه ارگان های دولتی و قضایی بتوانند قواعد و میثاقهای بین المللی را اجراء کنند و شهروندان از آن مستفید شوند. به وضع قوانین و مقررات ویژه از سوی قانونگذار و یا مقام ذیصلاح دیگر لازم می افتد. قانونگذار و یا مقام ذیصلاح دیگر باید به هدف تغییر یا تبدیل موازین حقوق بین الملل به موازین حقوق ملی دست به کار شود و آنرا جز حقوق کشور سازد. این امر در آن نظام حقوقی ای روی میدهد که حقوق بین الملل را جزئی از حقوق ملی اعلان نکرده اند. بدون وضع قانون یا مقرر و ویژه به مشکل می توان گفت که مفاد قواعد بین المللی که افغانستان در آن اشتراک دارد در داخل کشور اجراء شود بخصوص در حالیکه افغانستان تجربه و تعامل کافی در رابطه به موضوع ندارد.

3-2 موقف معاهده ویانا ۱۹۶۹ م¹²⁰ درباره سلسله مراتب

رابطه حقوق بین الملل و حقوق داخلی به اساس ماده های ۲۷ و ۴۶ این معاهده به صراحت بیان شده است، چنانچه ماده ۲۷ بیان شده است که «یک طرف معاهده نمیتواند به حقوق داخلی خود به عنوان توجیهی برای قصور خود در اجرای معاهده استناد نماید¹²¹». اما این ماده بیشتر به نقض معاهدات از طرف کشور های متعاقد توجه صورت گرفته است، تا سلسله مراتب معاهدات در حقوق داخلی، ولی در ماده ۴۶ به صراحت برتری بر قواعد حقوق بین الملل در مقایسه با قواعد حقوق داخلی می باشد. «۱. یک کشور نمیتواند با تکیه بر این واقعیت که اعلام رضایت وی به التزام در قبال یک معاهده تجاویز نسبت به مقررات حقوق داخلی وی در خصوص صلاحیت انعقاد معاهدات بوده است، به بی اعتباری رضایت خود استناد نماید مگر آنکه تجاویز مزبور بارز بوده و به قاعدهای از حقوق داخلی مربوط شود که دارای اهمیت اساسی است. ۲. تجاویز وقتی بارز است که بر کشوری که بر طبق رویه معمول و حسن نیت در این مورد عمل کرده است، بطور عینی روشن باشد¹²²».

119. قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، منتشره ۱۳۰۷ هـ.

120. معاهده ۱۹۶۹ م ویانا که میان حقوقدانان غربی به «معاهده معاهدات» معروف شده و در حقوق بین الملل از اهمیت فوق العاده ای برخوردار است. مشتمل بر ۸۵ ماده و یک ضمیمه و چندین اعلامیه و قطعنامه تکمیلی میباشد. در چهارچوب ترتیبات معاهده، اساسی ترین موضوعات حقوق بین الملل مطرح شده اند و مقدمه آن یادآور چند اصل کلی حقوق بین الملل مانند اصل رضایت آزادانه دولتها، اصل حسن نیت، اصل قاعده الزام آور بودن تعهدات و اصل تساوی حقوق ملتها است و در عین حال، احترام به قواعد حقوق داخلی کشورها را در صدر افتخارات خویش قرار داده و احترام به حاکمیت داخلی را شرط اساسی دانسته است.

121. مجمع عمومی سازمان ملل متحد، معاهده ویانا در خصوص معاهدات، (مصوب ۱۹۶۹).

122. همان.

قسمی که معلوم می‌شود برتری قواعد بین‌المللی بر حقوق داخلی عینی بوده بخاطر اینکه تمام کشور در قبول معاهدات بین‌المللی از حق شرط و اختیار کشورها در محدود کردن دامنه مقررات معاهده برخوردار اند، چنانچه در ماده های ۱۹، ۲۰، ۲۱، ۲۲ و ۲۳ عهدنامه فوق‌الذکر این موضوع به صورت واضح بیان گردیده است. اما عملاً کشورها از جمله افغانستان و ایران برتری قواعد اساسی را به صراحت بر قواعد بین‌المللی پذیرفته اند. ولی کشورهای مثل ایالات متحده امریکا و فرانسه عملاً برتری قواعد بین‌المللی را بر حقوق داخلی پذیرفته اند. اما امروزه در سطح بین‌المللی خصوصاً بر اساس کوشش‌های کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد، تلاش در جهت برتری قواعد بین‌المللی بر قواعد داخلی می‌باشد. خصوصاً معاهداتی که قانون ساز بوده و به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسیده باشد. که نمونه آنرا در کنواسیون‌های حقوق بشری به صراحت ملاحظه کرده می‌توانیم. بناً به صورت خلاصه گفته می‌توانیم با وجودیکه کشورها نسبت به معاهدات موقف‌های متفاوت اختیار کرده اند ولی عملاً در اکثر کشورها برتری معاهدات بین‌المللی بر حقوق داخلی پذیرفته شده است.

نتیجه گیری

قانون اساسی و سایر قوانین افغانستان معاهدات بین‌المللی را به عین نام به رسمیت شناخته و مدعای این موضوع مقدمه، ماده هفتم، فقره پنجم ماده نودم و ماده یکصد و بیست و یکم قانون اساسی، ماده سی و یکم قانون مدنی و تمام مواد قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی افغانستان می‌باشد. زیرا بر اساس ماده نهم قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی افغانستان معاهدات بین‌المللی اولاً: به معاهدات اجرایی که مسوده آنها از طرف وزارت خارجه و سایر ارگان‌های ذیربط تهیه گردیده و بعد از تدقیق وزارت عدلیه به درخواست وزارت امور خارجه، جهت تایید و تصویب به کابینه افغانستان ارسال می‌گردد. ثانیاً معاهدات عام و قانون ساز که اکثریت آنها از طرف سازمان ملل متحد تهیه گردیده است و حکومت افغانستان یا در حین شکل‌گیری آنرا امضا نموده و یا به آنها ملحق شده است که بعد از تصویب شورای ملی لازم‌الاجراء می‌گردند و در سلسله مراتب قواعد حقوقی افغانستان معاهدات بین‌المللی پائین‌تر از قانون اساسی و همدیف قانون عادی می‌باشد. اما از زمانیکه در افغانستان نافذ گردید، قانون عادی در مخالف آن وضع شده نمی‌تواند. یعنی اصل قاعده لاحق و سابق در قسمت قانون عادی و معاهدات بین‌المللی صدق می‌کند.

در افغانستان برای جذب معاهدات بین‌المللی میکانیزم مشخص و تعریف شده موجود است. از این جهت معاهدات بین‌المللی در افغانستان بر اساس قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی به دو بخش تقسیم می‌شود. اولاً: معاهداتی که

بعد از تایید کابینه، باید از طرف شورای ملی تصدیق و از طرف رئیس جمهور توشیح گردد. مانند: معاهده ختم جنگ، معاهده تعیین سرحدات، معاهده برقراری روابط خارجی، معاهده تاسیس سازمان بین المللی، معاهده ای که ایجاب تعدیل قانون داخلی را نماید، معاهده و موافق نامه امنیتی و غیره که این معاهدات ایجاب نشر از طریق جریده رسمی را می نماید. ثانياً: معاهداتی که به تشخیص وزارت امور خارجه ایجاب تائید شورای ملی را نمی نماید از طرف کابینه تصویب و مرعی الاجراء می گردد. مانند: معاهدات و موافقت نامه های دو جانبه اقتصادی، تجاری، ترانزیتی و غیره که ایجاب نشر در جریده رسمی را نمی نماید.