

زمین، قوانین ملکی و دعاوی حقوقی در کابل

آنتونیو دولوری

پژوهشگر فرهنگ حقوقی در انجمن مطالعات بینامنطقه‌ای، برلین

مناقشات مربوط به مالکیت و بهره‌برداری از زمین در افغانستان بسیار متداول است. در این زمینه چند عامل دخالت دارند: علاوه بر نبود سیستم ثبت و نیز نابودی اسناد رسمی، مهاجرت گسترده ناشی از جنگ هم مؤثر بوده است. میلیون‌ها افغان زمین‌های کشاورزی و خانه‌هایشان را بدون مراقبت ترک نموده و در بازگشت، خانه‌ها و زمین‌های آنها توسط دیگران و حتی به وسیله نهاد‌های ولایتی یا حکومتی تصرف شده است. در چنین شرایطی افرادی که زمین‌ها و خانه‌هایشان غصب شده بود دست به اعتراض قضایی زده و خواهان اعاده حقوقشان شدند. زمانی که این مقاله نوشته می‌شود، منازعات حول زمین‌های دولتی میان افرادی که این زمین‌ها را غصب نموده بودند و افراد یا مقامات حکومتی که خواهان غصب مجدد آن بودند، ادامه دارد. علاوه بر این، در برخی موارد، مهاجرین بعد از بازگشت از مهاجرت مدعی مالکیت زمین‌هایی می‌شوند که در گذشته هرگز متعلق به آنها نبوده است.

هدف این مقاله تجزیه تحلیل و بحث بر سر چگونگی راه‌های حل و فصل منازعات مربوط به مالکیت زمین بر اساس مطالعات قوم‌نگاری می‌باشد. در اینجا تمرکز من بیشتر بر

آنتونیو دولوری دانش‌آموخته دکتری انسان‌شناسی و مدرس فرهنگ و جوامع خاورمیانه است. پیش از این پژوهشگر فرهنگ حقوقی در انجمن مطالعات بینامنطقه‌ای دانشگاه هامبولت و انستیتوی مطالعات عالی برلین و پژوهشگر مدعو دپارتمان انسان‌شناسی دانشگاه کلمبیا بوده است. از ۲۰۰۵ به پژوهش میدانی در افغانستان پرداخته است و تحقیقاتش عمدتاً بر بازسازی قانونی، رویه‌های قضایی، حقوق بشر، جنگ و مداخلات بشردوستانه متمرکز بوده است. هم‌اکنون در پژوهشی بین‌المللی در زمینه پسابرده‌داری و اشکال وابستگی حاد مشارکت دارد.

Antonio De Lauri <antonio.delauri@gmail.com>

ISSN 0892-4147-print/ISSN 2159-421X online/2014-2015/29.3-4/148-166

اساس مقوله "اتصال هنجارها"، "تعامل هنجارها" یا باز "تلاقی هنجارها" (interconnections) (normatives) می‌باشد؛ یعنی شیوه‌ای که در آن نظام‌های متفاوت هنجاری^۱ در ارتباط و در اصطکاک با هم قرار گرفته، مورد مطالعه می‌باشند. در حقیقت، در افغانستان چهار سیستم متفاوت در رابطه با حقوق مالکیت زمین موجود است: قوانین حکومتی (State Law)، قوانین اسلامی، عرف و عنعنات حاکم و بالاخره استانداردهای عدلی-قضایی بین‌المللی. در ادامه نشان خواهیم داد که چهار سیستم هنجاری فوق‌الذکر آبشخور رویه‌های قضایی حاکم در افغانستان می‌باشند و به این ترتیب، "هنر مذاکره و سازش" (art of compromise) مورد استفاده قضات در روند خود به تحکیم نظام‌مند سلسله‌مراتب اجتماعی می‌انجامد.

سیستم‌های هنجاری و حقوق ملکیت

در میان سیستم‌های هنجاری موجود در افغانستان، استانداردهای عدلی و قضایی بین‌المللی اهمیت و نقش ویژه‌ای را در بازسازی سیستم عدلی و قضایی این کشور به دست آورده است. این امر باعث جذب قالب‌ها و اصول عدلی غیروومی می‌شود و به ایجاد تلفیق قضایی-حقوقی می‌انجامد. با توجه به موضع‌گیری‌های سلطه‌جویانه دولت‌ها -در قدم اول ایالات متحد آمریکا- و مؤسسات بین‌المللی که پروژه‌های بازسازی را در این کشور رهبری می‌کنند، می‌توان از یک سیاست بسط و نفوذ نظام حقوقی سخن گفت که ساختار هنجاری افغانستان را متحول کرده، دوباره شکل می‌دهد.^۲

در افغانستان، مانند مناطق دیگر، مقوله سیستم‌های هنجاری متفاوت در کنار هم از زاویه نگاه پلورالیزم یا کثرت‌گرایی حقوقی بررسی گردیده است. نویسندگان مختلفی و از جمله میری،^۳ موور،^۴ پوسپیسیل،^۵ رابرتس،^۶ و واندربلیندن^۷ این مقوله یا مفهوم را تئوریزه نموده و به آن ابعاد جامعه‌شناسانه داده‌اند که برای مطالعه اشکال مختلف همزیستی سیستم‌های

Study," *Law and Society Review*, 7:4 (1973), 719-746.

^۵L. Pospisil, *Anthropology of Law: a Comparative Theory* (New York: Harper and Row, 1971).

^۶S. Roberts, "Against Legal Pluralism. Some Reflections on the Contemporary Enlargement of the Legal Domain," *Journal of Legal Studies*, 29:3 (1998), 457-479.

^۷J. Vanderlinden, "L'utopie pluraliste, solution de demain au problem de certaines minorities?" in AA.VV., *Minorites et organization de l'Etat* (Bruylant: Bruxelles, 1998).

^۱منظور از نظام هنجاری مجموعه‌ای از ضوابط و روش‌های حقوقی و عرفی است که زندگی فرد و گروه‌های اجتماعی را تنظیم می‌کند.

^۲J. Gardner, *Legal Imperialism* (Wisconsin: University of Wisconsin Press, 1980); J. R. Schmidhauser, "Legal Imperialism: Its Enduring Impact on Colonial and Postcolonial Judicial System," *International Political Science Review*, 13:3 (1992), 321-334.

^۳S. E. Merry, "Legal Pluralism," *Law and Society Review*, 22:5 (1988), 869-896.

^۴S. F. Moore, "Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate

هنجاری و تفصیلات هنجاری که نتیجه آن است، بسیار سودمند است. اما به باور من، این مفهوم در شرایط افغانستان حداقل به دو دلیل قابل انطباق نیست. نخست اینکه مفهوم کثرت‌گرایی حقوقی برای تعریف و تشخیص مراجع مختلف و متفاوت هنجاری به کار می‌رود و به همین دلیل تمایل کمتری به مطالعه "ارتباطات هنجاری" بین سیستم‌ها یا تلاقی آنها با هم و نتایج آنها بر زندگی روزمره دارد. در حالی که به نظر من، این بعد از مسئله در رویه‌های هنجاری افغانستان اساسی می‌باشد.^۸ علاوه بر این، مفهوم "کثرت‌گرایی حقوقی" به دسترسی یا عدم دسترسی افراد به نهادهای قضایی و اجتماعی مربوط به حل مشکلات هنجاری که خود نیز به آن ارجاع می‌دهد و یکی از مهم‌ترین ابعاد رویه‌های قضایی است، کاری ندارد و آن را نادیده می‌گیرد. به این ترتیب، در شرایط افغانستان که هر چه افراد آسیب‌پذیرتر باشند دسترسی کمتری به این نهادها دارند، مفهوم کثرت‌گرایی حقوقی بیش از حد بی‌رنگ‌وروست و من ترجیح می‌دهم به جای آن از مقوله کثرت‌گرایی هنجاری غیر قابل دسترس صحبت کنم.

مناقشات ملکی در رابطه با مسایلی چون مالکیت، میراث، حدود اربعه، حق استفاده یا حق عبور به وقوع می‌پیوندد و مراجع هنجاری متعددی در آن دخیل می‌باشند. مراجعه به قانون مدنی برای حل منازعات در تعارض با اقدامات قاضات (قضات) و سارنوالان قرار می‌گیرد که رویه‌های عرفی خاصی را در رسیدگی به قضایا ترجیح می‌دهند و به اسنادی مراجعه می‌کنند که به اسناد عرفی معروف است. در عمل، قاضات در میان تأثیرات شیوه‌های عدالت غیربومی، خواه تلفیقی باشد یا تحمیلی، و حوزه عدالت عرفی که به آن ارزش حقوقی می‌دهند در رفت و آمد می‌باشند.

در افغانستان، زمین یکی از منابع اصلی امرار معاش و ثروت می‌باشد و حتی دستیابی به مالکیت زمین در انسجام اجتماعی از طریق ساختار شبکه خانوادگی، سلسله‌مراتب خویشاوندی و روابط همسایگی سهمیم می‌باشد. بالاخره، چنان شرایط و منطقی به مالکیت زمین‌ها نسبت داده می‌شود که می‌توان زمین را به مثابه جایگاه و وسیله به روز شدن روابط اجتماعی متصور شد.

Reconceptualizing property," *The American Journal of Comparative Law*, 56: 4 (2008), 999-1038; L. Nader, "Disputing without the Force of Law," *The Yale Law Journal*, 88:5 (1979), 998-1021; B. de Sousa Santos, "The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique," *Law and Society Review*, 40:1 (2006), 39-75.

^۸ برای مقایسه بنگرید به Dupret B., Burgat F. (dir.), *Le cheikh et le procureur: Systemes coutumiers, centralism etatique et pratiques juridiques au Yemen et en Egypte* (Le Caire, CEDEJ, 2005); T. Kelley, "Unintended Consequences of Legal Westernization in Niger: Harming Contemporary Slaves by

به‌طور عموم قاعده انتقال دارایی‌ها به قرار ذیل می‌باشد: زمانی که یک فرد فوت می‌کند، پسران وی زمین و جایداد وی را بین خود را تقسیم می‌کنند و اینها نیز بعداً زمین‌هایشان را به پسران خود می‌دهند. از آنجایی که هیچ قانون ثابت برای رسیدگی به مسایل میراث وجود ندارد، اکثراً منازعات شدیدی میان وارثین به‌خصوص میان نسل دوم بر سر تقسیم میراث به وقوع می‌پیوندد. در اکثر موارد اختلاف میان پسرعموهاست که بر سر تقسیم زمین میراث‌مانده از پدرانشان در مقابل هم قرار می‌گیرند.^۹ نبود زمین کافی و نبود کار زمین را به یک عنصر اساسی برای ثبات اقتصادی و اجتماعی مبدل نموده است. بروز منازعات بر سر زمین میان فامیل‌ها در حقیقت بر سر تقسیم زمین و قطعه‌بندی زمین به وجود می‌آید. زمانی که مدعیان دعوی زمین (طرفین منازعه) به‌طور دوستانه به راه حلی نمی‌رسند، شاهد شکل‌گیری گروه‌بندی‌ها در داخل شبکه فامیلی می‌باشیم. ویژگی گروه‌بندی‌های مذکور در این است که ما شاهد درگیری میان اشخاص، فامیل‌ها و گروه‌هایی هستیم که در دل یک خانواده و بسیار به هم نزدیک می‌باشند. شمار این مناقشات به حدی زیاد است که زمانی که دو فرد با هم بحث و مشاجره می‌کنند به‌طور طنزآمیز از آنان پرسیده می‌شود “چرا شما با هم مشاجره می‌کنید؟ آیا شما به‌طور تصادفی پسران کاکای هم می‌باشید؟”

”تمام اینها مال من است و بعد از من مال پسرانم خواهد شد. این زمین دیگر پاهایی را که بر روی آن قدم می‌گذارند می‌شناسد.“ اینها گفته‌های فهیم می‌باشد که در ماه اکتبر سال ۲۰۰۶ چند روز قبل از دعوی که با پسر کاکایش بر سر زمین داشت بر زبان آورد. بعداً ما شاهد تقسیم و خط‌اندازی زمین میان وی و پسر کاکایش بودیم. او فعلاً در ولسوالی قره‌باغ در ولایت کابل مالک زمین می‌باشد. حق مالکیتی که فهیم به آن استناد می‌کند فقط به چارچوب اصول نظام قضایی محدود نمی‌شود؛ چارچوبی که بنا بر تعریف آن، توانی است برای بهره‌مند شدن و در اختیار گرفتن چیزهایی به طریق کامل و انحصاری در محدوده و با حفظ تکالیفی که نظام حقوقی در نظر گرفته است.^{۱۰} در این مورد، فهیم اما به مفهوم وسیعی مراجعه می‌کند که ابعاد سمبولیک مذهبی و فامیلی مالکیت را برجسته می‌سازد. در واقع، فهیم هیچ‌گونه سند رسمی ندارد تا تصدیق کند که وی مالک این قطعه زمین می‌باشد و بنا بر گفته خودش می‌گوید: “من هرگز کوشش نکرده‌ام تا به کسی ثابت کنم که این نمبر (قطعه) زمین مربوط به من می‌باشد.“ او در ادامه می‌گوید: “پدرم و کاکایم

¹⁰J. Gordley, *Foundation of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment* (Oxford: Oxford University Press, 2006).

⁹Fredrik Barth, *Features of Person and Society in Swat: Selected Essays of Frederik Barth* (London: Routledge & Kegan Paul, 1981).

(برادر پدرم) در این زمین تولد شده‌اند؛ برادرانم، پسران کاکایم و من تصمیم به شیوه تقسیم زمین میان خود گرفتیم. فامیل‌های متعددی به خاطر تقسیم ملکیت با هم درگیر می‌شوند. اما ما جنگ را نمی‌خواستیم، امیر (پسر کاکایش، کسی که برای تقسیم زمین دعوی را باز نمود) مسئولیت تمام این منازعه را به گردن می‌گیرد.

منازعه میان فهیم و پسر کاکایش، امیر، زمانی که امیر در سال ۲۰۰۳ از پاکستان برگشت آغاز گردید. قبل از آن، امیر مدت ۹ سال را در پاکستان سپری نموده بود. پس از بازگشت و بعد از سپری نمودن مدتی در شهر کابل، امیر تصمیم گرفت که دوباره به پاکستان برگردد و به دلیل نیاز به پैसे، وی تصمیم گرفت تا سهم زمین خویش را بفروشد. در حقیقت اختلاف زمانی به وجود می‌آید که امیر تصمیم به فروش زمینی می‌گیرد که خطاندازی کرده بود؛ زمینی که فهیم بالای آن ادعای مالکیت دارد.

در اینجا باید خاطر نشان ساخت که از نقطه نظر حقوقی، تعریف مالکیت یک دارایی به دو طریق مشخص می‌شود، اول توسط روایت و نقل قول و دوم به‌طور مادی.^{۱۱} از سوی دیگر، زمین عنصر اساسی و عمده پیکره ایدئولوژیک و حقوقی دستگاه دولت می‌باشد. در حقیقت، بنا بر نظر برخی از نویسندگان،^{۱۲} یکی از عناصر اساسی شهروندی در دولت نوین دسترسی به ملکیت زمین می‌باشد. در شرایطی مانند شرایط افغانستان، جایی که پروسه (روند) مدرنیزاسیون قضایی و سیاسی دارای تاریخی پیچیده و پرمناقشه بوده است، تکوین قضایی اصلی چون اصل مالکیت پر از ابهام و پیچیدگی است. تناوب درگیری‌های مسلحانه باعث تناوب در رسمیت یافتن یا از رسمیت افتادن به‌ویژه اصول قضایی مالکیت، شده است.^{۱۳} در چنین اوضاع و احوالی قضات به منظور حل منازعات مدنی بر سر مالکیت زمین اکثراً در محاکم به منابع و اسناد عرفی رجوع می‌کنند. در قضیه فهیم و امیر، مسئله نمبر زمین (قطعه زمین) زمانی جنبه دعوی حقوقی پیدا کرد که این مسئله در سطح فامیلی امکان فیصله نیافت و آنان برای حل منازعه به مراجع قضایی مراجعه نمودند. قاضی اجمل، رئیس محکمه و موظف به رسیدگی به قضیه مذکور، توانسته بود چنین اعلام بدارد: "مشکل در اینجا است که باید دانست که چه کسی مالک قانونی نمبر زمین مذکور است که این یک سوال حقوقی می‌باشد."

and D. James (eds.), *The Rights and Wrongs of Land Restitution* (London: Routledge, 2008).

¹³A. De Lauri, "Afghanistan: Corruption and Injustice in the Judicial System," *Journal of Law and Social Research*, 2 (2011), 45-60.

¹¹Daniel W. Bromley, *Environment and Economy, Property Rights and Public Policy* (London: Blackwell, 1991).

¹²D. Fay and D. James, "The Anthropology of Land Restitution: An Introduction," in D. Fay

تعادل ظرفیتی که میان مسئلهٔ امرار معاش و روابط متقابل اجتماعی حول مقولهٔ مالکیت و بهره‌برداری از زمین وجود دارد در ایجاد ساختار روابط اجتماعی که اصول اخلاقی خاصی را مدیریت می‌کند، دخیل است.^{۱۴} به نظر یک پناهندهٔ افغان، که در سال ۲۰۱۱ در شهر میلان با وی ملاقات شد، چندین دهه جنگ در افغانستان باعث تضعیف و از هم پاشی اصول و قواعد اخلاقی گردید که در تحکیم روابط اجتماعی و مدنی مؤثر می‌باشند. بر اساس گفته‌های بشیراحمد منیب،^{۱۵} جنگ حقوق فردی را تحت تأثیر قرار داد و در این راه به‌خصوص حقوق مالکیت پایمال شده، مورد تعرض قرار گرفت.

در چارچوب حقوق اسلامی، تنظیم اصول بنیادین حقوق مالکیت فردی یک مسئلهٔ پیچیده و کاملاً بحث‌برانگیز است.^{۱۶} در افغانستان قضات، سارنوالان یا وکلای مدافع تأیید می‌کنند که شریعت متضمن حقوق مالکیت است، اما در شرایطی که ملکیت به‌طور قانونی به دست آمده باشد.^{۱۷} با این حال، ارایهٔ اسناد لازمه توسط یک شهروند (افغان) که بتواند نشان دهد که زمینی که وی بر سر آن زندگی می‌کند متعلق به اوست، غیرممکن است. به همین دلیل، عده‌ای کثیر از آنان دارای اسناد عرفی می‌باشند که حتی این اسناد در دفتر ثبت املاک دولت نیز ثبت نمی‌باشد. با این همه، تعداد بسیاری از افغان‌ها همین اسناد عرفی را هم ندارند. قضیهٔ فهیم و امیر نیز از همین گونه قضایا می‌باشد. فهیم در اولین اظهارات خویش در مقابل محکمه چنین اظهار داشته بود: "سند کتبی در این مورد وجود ندارد، ولی تعدادی از افراد می‌توانند تأیید کنند که این زمین از آن من می‌باشد."

طی سه جلسهٔ حضوری در محکمه که تا ماه آوریل سال ۲۰۰۸ ادامه داشت، شهادت شاهدان متعددی شنیده شد و بالاخره محکمه به نفع فهیم فیصله‌اش را صادر نمود. باید یادآور شد که قاضی این حکم را نه یک‌بار که به‌طور تدریجی صادر نموده است. در پایان پروندهٔ دعوی عدلی، امیر نیز خودش حق را به فهیم داد و جانب او را گرفت. کار قاضی در واقع در این گونه قضایا آرام نمودن منازعه می‌باشد که این مسئله بسیار اساسی است، به‌خصوص در مواردی که به نظر نه با دادن پول و نه با واگذاری دارایی منقول

^{۱۴} برای مقایسه بنگرید به

J. Scott, *The Moral Economy of the Peasant* (New Heaven: Yale University Press, 1976).

^{۱۶}M. Mundy and R. S. Smith, *Governing Property, Making the Modern State: Law, Administration and Production in Ottoman Syria* (London: I.B. Tauris, 2007); S. Habachy, "Property, Right, and Contract in Muslim Law," *Colombia Law Review*, 62:3 (1962), 450-473.

^{۱۵}B. A. Munib, "Law of Land Tenure and Transfer of Property in Times of War" in N. Yassari (ed.), *The Sharia in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt: Implications for Private Law* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2005).

^{۱۷}Munib, "Law of Land Tenure."

یا غیرمنقول بتوان امکان کنترل اوضاع و اجرای حکم نهایی را به دست آورد. بنابراین، برقراری آشتی میان طرفین دعوی به اندازه تصمیم نهایی قاضی و حتی گاهی بیشتر از آن اهمیت دارد. به‌طور تدریجی و به کمک کار تحقیقی، قاضی توانست که فهمیم را مالک قانونی زمین مورد دعوا شناسایی و یک رابطه عاری از تنش را میان پسران کاکا برقرار نماید. مشروعیت فرد مدعی بر مالکیت و نیز سازگاری (توافق) ادعای وی با خطوط بستر جمعی/اجتماعی مبتنی اصول ملکیت، دو معیار مهم و اساسی در دعاوی می‌باشد. در حقیقت، گروه اجتماعی کنترل قابل ملاحظه‌ای را بر مدیریت و استفاده از ملکیت و دارایی اعمال می‌کند.^{۱۸} اگر یک فرد نظم جامعه را نپذیرد و تعادل آن را با اقامه دعوا بر هم ریزد، یک توافق جدید در روندی موافق با نظر جمعی باید ایجاد گردد. در شرایط افغانستان، پروسه تأیید دوباره بستر جمعی/اجتماعی می‌تواند در سطوح مختلف انجام گیرد: در چارچوب عرفی و نیز در یک محکمه. اهمیت ضمنی بستر فرهنگی و هنجاری در جریان جلسات محکمه شیوه‌های حل منازعه را تعیین می‌کند، به‌خصوص در مواردی که از رویه عرفی در مسایل قضایی استفاده می‌شود.

انکار حق و حقوق میراث

در قضیه فهمیم و امیر، هدف اول محکمه حمایت از حق یا صدور حکم نبوده است و بنابراین قاضی اجمل در آخرین جلسه محکمه اظهار می‌کند:

در چنین مواردی، بهترین کاری که یک قاضی می‌تواند انجام بدهد، پیدا کردن راه حلی است که طرفین دعوی بر سر آن توافق مشترک نمایند، در غیر آن، خطر بروز منازعات جدید و به مراتب شدیدتر وجود دارد. [. . .] شورای شهر^{۱۹} لنگرهار این قضیه را قبلاً مورد بحث قرار داده بود؛ شاهدت (شهادت) چندین شاهد را تا به حال ما [اعضای محکمه] مورد استماع قرار داده‌ایم. قضاوت در مورد قضیه مذکور حاصل پروسه طولانی بوده که در جریان آن اراده طرفین دعوی مورد توجه قرار گرفته است. [. . .] استماع نظریات تعدادی از افراد مُسن و ریش سفید قریه، محکمه را در کارش کمک نموده است.

اظهارات قاضی مذکور، بیان‌کننده نوعی اشتراک مساعی و همگرایی است میان چارچوب مفهوم پروسه قانونی-قضایی و مستندات عرفی که اساس منازعه را تشکیل می‌دهد. در

غیرپشتون از عبارت شورا، که از کلمه عربی مشورت آمده، استفاده می‌کنند. اصطلاح جرگه در ادبیات پشتو به همان معنی شورا می‌باشد.

¹⁸R. Sacco, *Antropologia giuridica* (Bologna: Il Mulino, 2007).

¹⁹شورای عرفی به‌رغم برخی تفاوت‌ها در شیوه انجام کار در همه جای کشور وجود دارد. معمولاً افراد

نبود هرگونه فشار و تنش دیگری (فساد اداری، فشار سیاسی و تهدیدات)، مشروعیت توافقات و فیصله‌های قضایی به همان اندازه بر اقتدار محکمه تکیه دارد که بر اقوال ارزش‌های عرفی و اشکال مختلف مشروع حاکمیت و نفوذ در سطوح قومی.

آمیزش هنجارها که در سطوح مختلف ایجاد می‌شود باعث ابهام و منازعات می‌گردد، حتی اگر مردم افغان عمدتاً میان اصول مذهبی و رویه عرفی تفکیک قایل نمی‌شوند یا حداقل آنچه را باعث تفکیک میان این دو مقوله است درک نمی‌کنند.^{۲۰} برخی از محققین نیز خاطر نشان می‌سازند که اکثراً این ارزش‌های عرفی موجود در تضاد با اصول و قواعد اسلامی قرار دارند.^{۲۱} مورد پشتونوالی، نظامنامه ارزش‌ها و هنجارهای سنتی رفتاری پشتون‌ها و شریعت در جامعه نمونه خوبی در همین مورد می‌باشد، به‌خصوص زمانی که موضوع در رابطه با زنان باشد که بر اساس عرف پشتونوالی بخشی از ناموس به حساب می‌آیند.^{۲۲}

حل و فصل منازعات روزمره نشان می‌دهد که ضوابط قضایی و اصول دینی بر سیستم ارزش‌ها و رویه‌های مرتبط با عرف استوار می‌باشد.^{۲۳} مفهوم عرف علاوه بر حوزه اجتماعی بیان‌کننده حوزه هنجاری نیز می‌باشد و نباید آن را با رویکردی دوگانه مورد بررسی قرار داده و آن را حکایتی از "عدالت غیررسمی" در مقابل و در تضاد با "عدالت رسمی" قلمداد کرد. بنا بر نظر آسیی-آندریو، عرف ظرفیت آن را دارد که هم‌زمان جایگاه طرح وحدت باشد و تنوع، هنجار باشد و عمل، گرایش‌های جهانی باشد و گرایش‌های بومی یا محلی. بنابراین، باید کلیتی متشکل از سیستم‌های هنجاری رایج را در نظر گرفت تا بتوان اتصالات آنها و تنش‌هایی را که میانشان وجود دارد فهمید.^{۲۴}

^{۲۰} در افغانستان، مفهوم سنت معمولاً با اصطلاحات "عرف و نرخ" نامیده می‌شود و نیز همیشه از اصطلاح "عادات" برای مشخص کردن "قوانین عرفی" استفاده می‌شود. در طی تحقیق، فرصت یافتیم که با مرضیه باسل، از انجمن زنان قاضی افغانستان، و پروفیسور زدران، استاد مردم‌شناسی دانشگاه کابل، درباره مفاهیم مورد استفاده در قوانین عرفی بحث و گفت‌وگو کنیم.

^{۲۴}L. Assier-Andrieu, "Il tempo e il diritto dell'identità collettiva. Il destino antropologico del concetto di consuetudine," in A. Facchi and M. P. Mittica (eds.), *Concetti e norme. Teorie e ricerche di antropologia giuridica* (Milano, Franco Angeli, 2000).

²⁰A. S. Ahmed, *Millennium and Charisma Among Pathans* (London: Routledge & Kegan Paul, 1976).

²¹M. H. Kamali, *Islam, Pernicious Custom, and Women's Rights in Afghanistan* (Malaysia: International Islamic University, 2003); N. Yassari, "Legal Pluralism and Family Law: An Assessment of the Current Situation in Afghanistan," in N. Yassari (ed.), *The Shari'a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt - Implications for Private Law* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2005).

²²Yassari, "Legal Pluralism and Family Law," 50.

جامعیت این دیدگاه، امکان بررسی بُعد عملی سیستم‌های هنجاری را می‌دهد. به این ترتیب، این دیدگاه در شرایط افغانستان پذیرفته‌تر به نظر می‌رسد، چرا که هنجارهای عرفی در این کشور مجموعه‌ای از رفتارها، ارزش‌ها و گفتارهایی است که افراد به منظور حل مشکلات و منازعات مختلف به آنها مراجعه می‌کنند. هنجارهای عرفی را شاید بتوان در نهادهای اجتماعی مشخصی وارد کرد، ولی تعیین حد و مرز آن به‌طور منسجم و مشخص دشوار می‌باشد. به این ترتیب و در شرایط کنونی مناسب‌تر خواهد بود که به جای "حقوق عرفی" از "عمل عرفی" یا "رویه‌های عرفی" صحبت کنیم. به عبارت دیگر، عدم یکپارچگی این رویه‌ها که به‌طور نامنسجم به هم متصل شده‌اند امکان ایجاد روش و مدل مطمئنی را برای استفاده در شرایطی خاص نمی‌دهد. مراجعه به یک تصمیم اتخاذشده در یک مورد ضرورتاً به منظور حل قضایای مشابه در موارد دیگر امکان‌پذیر نمی‌شود.^{۲۵} در حقیقت، شرایط و عوامل متغیر متعددی در حل و فصل یک منازعه نقش دارند. علاوه بر این، مراجعه به رویه‌های عرفی که هنجارهای شناخته‌شده‌ای دارند همچنان تحت تأثیر وضعیت اجتماعی و اقتصادی طرفین دعوی می‌باشد و به این ترتیب، بخش‌های آسیب‌پذیر جامعه برای دسترسی به نهادهای عرفی و قضایی با مشکلات عظیمی مواجه می‌گردند.

به‌طور کلی می‌توان گفت که معیارهایی که اجرای رویه‌های عرفی را مدیریت می‌کنند در حوزه شرافت و ناموس، مذاکره، اجماع، غرامت، آشتی و شهرت قرار دارند. نیز قابل یادآوری است که تنوع قومی و زبانی در افغانستان خود باعث عرضه مجموعه‌ای از مکانیسم‌های عرفی است که در جهت حل و فصل منازعات، پروسه تصمیم‌گیری و شیوه‌های اعمال جبران خسارت به کار می‌روند و نمی‌توان آنها را در یک مجموعه واحدی تحت عنوان نظام عرفی قرار داد. حتی نمی‌توان از معادله {یک گروه قومی = یک رویه عرفی} سخن گفت، زیرا معادله‌ای نامناسب است. اقوام پشتون که در مسافت (فاصله) چندین کیلومتری از یکدیگر زندگی می‌کنند، در حل و فصل منازعات خویش

و غیرفیزیکی منتهی می‌شود. "بنگرید به Pospisil, Anthropology of Law, 95. در زمینه مردم‌شناسی قضایی، از مفهوم مورد نظر پوسپسیل استقبال خوبی شده است، زیرا می‌تواند در بسیاری از شرایط جغرافیایی و اجتماعی-فرهنگی مورد استفاده قرار گیرد. از منظری دیگر، ارائه تعریف کلی و عمومی از مقوله حقوق مشکل‌ساز به نظر می‌رسد، چرا که این امر باعث می‌شود تنوع ضابطه‌های هنجاری، سیستم‌های کنترل و نظام اجتماعی را به حوزه حقوقی محدود کنیم.

^{۲۵} این جنبه می‌توانست لئوپولد پوسپسیل را وادار کند تا چنین رویه‌هایی را در سیستم حقوقی وارد نکند. به نظر وی، حقوق در ارتباط است با "اصول نهادینه‌شده کنترل اجتماعی که توسط یک مقام حقوقی مانند قاضی، رئیس، پدر، محکمه یا شورای ریش-سفیدان تعیین، تعریف و خلاصه شده است. اصولی که می‌خواهیم به صورت جهانشمول برای همه موارد مشابه در آینده اعمال کنیم و دو طرفی را در بر می‌گیرد که به صورت اجباری درگیر هستند. اصولی که در تعاقب خود به مجازات‌های فیزیکی

به یک سیستم ارزشی (پشتونوالی) رجوع می‌کنند، اما ممکن است در رابطه با اعمال جبران خسارت دارای شیوه‌های متفاوتی باشند.

در اینجا ضروری است به این نکته اشاره شود که یک عمل عرفی یک قاعده ثابت و لایتغیر نیست که از گذشته‌های دور باقی مانده باشد. برعکس، رویه‌های عرفی یا به‌طور عموم عرف، خلق شده و متحول می‌گردد و به زیر سوال می‌رود. همچنین، در مقایسه با قوانین باید گفت که تحولات بسیار سریع‌تر بر رویه‌های عرفی اثر می‌گذارد تا بر اعمال قانونی.^{۲۶} در واقع، رویه‌های عرفی (اعمال و رفتارهای عرفی) تحت تأثیر تحولات و دگرگونی‌هایی هستند که در جامعه پیش می‌آید. به این ترتیب، جریان‌ات تاریخ کلان (macro-historic)، مانند جنگ‌های طولانی و سعی و تلاش‌ها برای فتح و تسخیر، منجر به تحول و دگرگونی گردیده است. در افغانستان، سیاست دولت‌سازی و به‌خصوص روند تمرکزگرایی بی‌تأثیر بر سیستم بومی عدالت نبوده‌اند.^{۲۷} با وجود این، پویایی رویه‌های عرفی نه مانعی بر سر راه اجرای آن و نه مشروعیت آن بوده است.

بررسی مناقشات مربوط به میراث این امکان را می‌دهد تا این مقوله به بهترین شکل مورد تحلیل قرار گیرد. سیستم میراث اساساً از عرف (ارزش‌ها و هنجارهای حاکم) و قوانین موضوعه (گرفته‌شده از احکام اسلامی) تشکیل گردیده است که میراث زنان یک مسئله حساس در آن می‌باشد. برای مثال، حق تملک ملک یا قسمتی از آن که حق یک زن است، بعد از فوت شوهر، پدر یا برادر او امکان‌پذیر نیست. در مواردی که منازعات بر سر تقسیم میراث در سطح فامیلی یا به‌طور عرفی فیصله شده است و طرفین منازعه به توافق رسیده باشند، میراث اکثراً به شیوه غیرمساوی تقسیم گردیده است. به‌طور مثال، یک زن بیوه می‌تواند حق استفاده از خانه شوهر متوفای خود را بنا بر شرایطی که توسط مردان خانواده شوهرش مشخص می‌شود به دست آورد. در مواردی هم این شرط می‌تواند ازدواج زن بیوه با یکی از برادران شوهر او باشد.

قانون میراث در حقوق اسلامی یک موضوع بحث‌برانگیز می‌باشد.^{۲۸} نویسندگان در مورد تنش و عدم انطباق میان قواعد قرآنی و معیار جانشینی در نظام خانواده مردم‌محور توافق نظر دارند. بنا بر نظر جوزف سچاشت،^{۲۹} در اصل بعضی قوانین اصول مشخص قرآنی با

²⁸R. Kimber, "The Quranic Law of Inheritance," *Islamic Law and Society*, 5:3 (1998), 291-325.

²⁹J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (Oxford: Oxford University Press, 1982), 179-180.

²⁶Sacco, *Antropologia giuridica*, 78.

²⁷T. Barfield, *Afghan Customary Law and Its Relationship to Formal Judicial Institutions* (Washington, DC: The United States Institute of Peace, 2003).

هدف اصلاح سیستم کهن توزیع میراث صورت گرفته است، سیستمی که فقط شامل مردان می‌شده و برای حمایت از افراد خانواده از طبقهٔ اناث که نزدیک‌تر به شوهر و به پدر باشند برنامه‌ریزی شده است.

بنا بر گزارش دفتر پناهندگی ناروی (نروژ)، قضات افغان به منظور حل و فصل مسایل مربوط به میراث به مواد ۱۹۹۳-۲۰۱۲ و ۲۰۰۱-۲۰۲۳ قانون مدنی مراجعه می‌کنند.^{۳۰} قانون میراث بر اساس تعدادی محدود از اصول استوار می‌باشد: زنان، والدین و فرزندان در میراث دارای حق لاینفک می‌باشند که میزان آن بر اساس تناسب قرابت در نظر گرفته می‌شود. زنان حقی را دریافت می‌کنند که برای آنان در نظر گرفته شده است، با توجه به اینکه مردان دو برابر حق زنان حق میراث دارند؛ نصف برای پسران بالغ و یک‌چهارم برای دختران. اصل اخیر مبین این واقعیت است که مردان برخلاف زنان مسئول تأمین معاش فامیل (خانواده) می‌باشند.^{۳۱}

از لحاظ تئوریک، میراث بعد از پرداخت مخارج مراسم تدفین و پرداخت دیون متوفا تقسیم می‌گردد. اگر فرد متوفا در مدت حیاتش مهریهٔ همسرش را نپرداخته باشد، قبل از تقسیم میراث مهریهٔ همسرش باید پرداخت شود. از دارایی و ملکیت باقی‌مانده به نام "متروکه" یاد می‌شود که میان وارثین متوفا تقسیم می‌گردد. قانون مدنی به‌طور مفصل در مورد این تفکیک بحث نموده است. اگر فرد متوفا در جریان حیاتش وصیتی نموده باشد، ابتدا و قبل از تقسیم میراث به وصیت او رسیدگی می‌شود، اما میزان وصیت خاص وی نباید نمی‌تواند بیشتر از یک‌سوم تمام میراث وی باشد. علاوه بر این، قانون میراث پیش‌بینی می‌کند که فرد غیرمسلمان (کافر) نمی‌تواند وارث میراث فرد مسلمان باشد. در افغانستان، اتباع خارجی نمی‌توانند مالک دارایی‌های غیرمنقول باشند. به علاوه، از آنجا که یک تبعهٔ خارجی نمی‌تواند مالک یک ملک غیرمنقول باشد، چنانچه ارثی به او برسد، باید قیمت زمین محاسبه گردیده و پول آن به وارث (تبعهٔ خارجی) پرداخت شود.^{۳۲}

در گزارش و اسناد متعدد و مختلف که توسط مؤسسات بین‌المللی تهیه شده است، می‌توان مشاهده نمود که رویهٔ عرفی در مورد میراث زنان، مخالف با شریعت، قانون مدنی، قانون اساسی و تمامی معاهدات بین‌المللی می‌باشد که توسط این کشور به تصویب رسیده است. نیز در گزارش دفتر پناهندگی ناروی می‌خوانیم که قضات و سایر

^{۳۰} در واقع تعداد زنان بیوهٔ افغان، مطلقه یا مزدوج، که سرپرستی پسران خود را به عهده دارند کم نیست.

³⁰ *A Guide to Property Law in Afghanistan* (Kabul: Norwegian Refugee Council, 2005).

³² *A Guide to Property Law in Afghanistan*.

مقامات دولتی نقش مهمی در مبارزه علیه این اعمال غیرقانونی دارند. در عمل، مواد قانون مدنی به ندرت در محاکم اعمال می‌گردد و برعکس قوانینی اجرا می‌شود که به ضرر زنان می‌باشد. سرگذشت کریمه که در سال ۲۰۱۱ در شهر میلان با وی مصاحبه کردم مثال خوبی برای درک چگونگی این‌گونه رفتارها می‌باشد.

در سال ۲۰۰۸، کریمه همراه با سه پسر خویش نزد همسرش به ایتالیا آمد. همسرش مدت ۸ سال بود که در ایتالیا زندگی داشت. ولی سفر وی (کریمه) به ایتالیا با رنجش و تلخی همراه بود، زیرا قبل از سفر وی، کریمه منازعه‌ای را بر سر تقسیم زمین با سه برادر خویش داشت. باید یادآور شد که کریمه تنها دختر مادر و پدرش می‌باشد. در سال ۲۰۰۲، پدر کریمه که تاجرپیشه بود وفات نمود و وی از همان زمان وارد منازعه بر سر تقسیم زمین با برادرانش گردید. به باور برادران کریمه، وی هیچ حقی در میراث پدرش که شامل یک خانه و یک نمبر زمین است ندارد، زیرا کریمه با مردی ازدواج کرده است که در حل مشکلات فامیلی سهم نگرفته و به خارج مهاجرت نموده است. بعد از یک سلسله بحث‌ها و مشاجرات بین‌الفامیلی، کریمه با پولی که شوهرش از ایتالیا فرستاده بود، وکیلی جهت پیگیری قضیه در محکمه استخدام می‌نماید. در جریان جلسه اول و اخذ اظهارات طرفین در محکمه در سال ۲۰۰۴، برادران کریمه وی را متهم نمودند که وی هرگز در مصارف و امور فامیل اشتراک نکرده، بناً (بنابراین) هیچ حقی در میراث ندارد. جلسه دوم و سوم محکمه در سال ۲۰۰۵ تدویر (برگزار) گردید. در جلسه نهایی محکمه در جنوری (ژانویه) سال ۲۰۰۷، قاضی برادران کریمه را حقه‌جانب دانسته و کریمه را از حق میراث پدر محروم می‌نماید. در جریان محکمه هرگز به مادر کریمه اجازه سخن گفتن داده نشده است. کریمه با خشمی آشکار در این باره می‌گوید:

مادرم از این وضعیت رنج می‌برد، ولی وی جرئت مخالفت با برادرانم را ندارد. زمانی که وی با من به تنهایی صحبت می‌کرد، با گریه به من می‌گفت: "دخترم نزد شوهرت برو." مادرم با برادر بزرگم، مسعود، زندگی می‌کند و حال من خالی‌گاه (جای خالی) وی را احساس می‌کنم. اگر شوهرم در کابل می‌بود، شاید فیصله در مورد قضیه طور دیگر می‌شد. [. . .] وکیل مدافع که استخدامش نموده بودم کارش را به درستی انجام نداد. وی نتوانست که احترام قاضی را به خود جلب نماید. [. . .] چیزی که آنان مرا به خاطرش سرزنش می‌کردند هرگز واقعیت نداشت. من همیشه به پدر و مادرم احترام داشتم. آنان در حق من بی‌انصافی نمودند و محکمه هم به این بی‌عدالتی تن در داد.

در جریان مصاحبه با کریمه، وی برایم تمام اسناد را نشان داد؛ در حالی که اسناد مذکور اندک‌ترین کوتاهی یا "قصور" از طرف کریمه نسبت به والدینش را نشان نمی‌داد و نه حتی یک عمل غیرقانونی را. انگیزه صدور حکم نهایی، انگیزه‌ای مبهم و متضاد بود. اما اینکه چرا کریمه در مورد حکم محکمه (ابتدایی) استیناف طلب نکرد، به این دلیل بود که وی کمی بعد از آن جلسه اسناد لازمه را برای مهاجرت نزد شوهرش به ایتالیا دریافت کرده بود و به آن کشور عزیمت کرد.

اظهارات رئیس محکمه در دادگاه حکایت از روحیه حاکم دارد. در حقیقت، وی در روز آخر جلسه محکمه اظهار داشت که "کریمه با شکایت بر علیه برادرانش و بدون رایه دلایل موجه، البته از نظر قاضی، وی به فامیل خویش بی‌احترامی (هتک حرمت) نموده است." برای اینکه حکم (فیصله) محکمه مشروعیت پیدا کند، قاضی مسئله اخلاقی ناموس و شرافت را به قضیه اضافه نمود. به این ترتیب، حتی در یک محکمه قضایی، موارد رجوع به عرف نیز متعدد می‌باشد. شیوه‌ای که قضات برای بیان حکم به منابع عرفی رجوع می‌کنند، کاملاً به ضرر حقوق زنان می‌باشد. رویه‌های عرفی در این محکمه‌ها نه به منزله اساس ارزش‌هایی قابل مذاکره و دائماً در حال اصلاح که به منزله وسیله‌ای در جهت بازتولید سلسله‌مراتب اجتماعی عمل می‌کنند. موارد مربوط به میراث، که کمترین حقوق را برای زنان شامل می‌شود، یکی از بخش‌های حساس سیستم قضایی فعلی را تشکیل می‌دهد و نتایج روند برنامه‌های کنونی حول بازسازی سیستم قضایی نامعلوم و مبهم می‌باشد.

رفتارهای قضایی "هنر توافق و سازگاری"

بعد از نیمه اول قرن ۱۹ میلادی، عده کثیری از کشورهایی که به کشورهای "جنوب جهان" معروف هستند، به‌طور وسیعی غربی‌سازی سیستم ارزش‌ها و هنجاری‌شان را پذیرفتند.^{۳۳} مدرنیزاسیون سیستم قضایی افغانستان در مراحل مختلف تاریخی رخ داده است. حداقل می‌توان از اقدامات و اصلاحات شاه امان‌الله تا بازسازی‌ای که بعد از سال ۲۰۰۱ تحت تأثیر حضور جامعه بین‌المللی و به‌خصوص ایالات متحد آمریکا آغاز گردیده است، به مثابه یک روند ممتد یادآور شد. در سال‌های ۱۹۷۰ میلادی، پروسه مهم قانون‌گذاری آغاز و قوانین متعددی تدوین گردید، به‌خصوص در سال ۱۹۷۷ که "قانون مدنی" تدوین گردید و امروز هنوز این قانون نافذ می‌باشد. این قانون دارای

³³Kelley, "Unintended Consequences of Legal Westernization in Niger."

۲۴۱۶ ماده بوده و شامل عرصه‌هایی همچون تابعیت، ازدواج، حقوق اطفال، حق میراث، حق ملکیت و حق مالکیت می‌باشد و برگرفته‌شده از مُدل حقوقی مصر در سال ۱۹۴۹ و نیز به‌طور دقیق‌تر نسخهٔ عراقی آن می‌باشد. این قانون علی‌رغم اینکه تا اندازه‌ای به تجربهٔ سوسیالیستی ارجاع دارد و در عین حال به راه حل‌های فقه حنفی و مقالات الاحکام‌العدلیه عثمانی نظر داشته است، وفادار به سنت حقوق قضایی اسلامی می‌باشد. هر چند این مسئله مورد اختلاف می‌باشد، چرا که نفس قانون‌گذاری و تدوین قوانین به نظر عدهٔ کثیری از علما بنای انحراف از معرفت و هنجارهای اسلامی را می‌نهد.

مادهٔ اول این قانون اظهار می‌دارد در مواردی که حکم قانون وجود داشته باشد، اجتهاد جواز ندارد. در مواردی که حکم قانون موجود نباشد، محکمه مطابق با اساسات (اساس) کلی فقه حنفی شریعت اسلام حکم صادر می‌نماید "تا عدالت را به بهترین وجه ممکن آن تأمین نماید." مادهٔ دوم می‌افزاید در مواردی که حکمی در قانون یا اساسات کلی شریعت موجود نباشد، محکمه مطابق عرف عمومی حکم صادر می‌نماید، مشروط بر اینکه عرف مناقض احکام قانون و اساسات عدالت نباشد که این خود بدین معناست که روند "تحولات هنجاری" جزء لاینفک مجموعه و مادهٔ قانون است.

این مسئله در رویه‌های قضایی به پیچیدگی‌های هنجاری منتهی می‌شود که حاصل آن اتصال، آمیختگی و یا اصطکاک هنجارهای متفاوت موجود در قانون مدنی است: به‌طوری که رویه‌های عرفی در کنار مراجع حقوق اسلامی قرار می‌گیرند. تصامیم قضات در محاکم به‌طور نمایشی و سمبولیک بر مبنای مواد قانون مدنی می‌باشد که در اولویت قرار داشته و منبع اصلی اخذ تصامیم قضات می‌باشد. با وجود این، بی‌ثباتی بالقوهٔ حاکم در چارچوب قضایی بی‌تأثیر بر رویهٔ کاری یومیهٔ قضات نمی‌باشد. علاوه بر این، همچنان که در مقالاتم به آن اشاره کرده‌ام، رویه‌های کاری قضات در ارتباط با میکانیسم‌های عرفی بوده که بر شیوهٔ صدور رأی (فیصله) تأثیرگذار است. از سوی دیگر، در شرایط کنونی، فیصله یا حکم قاضی تجسم "همگرایی اجتماعی-هنجاری" (ocionormative convergence) می‌باشد که حاصل تأثیرات مشترک قوا و نیروهای متعددی است متشکل از مدل‌های فرهنگی و سیستم‌های هنجاری. در این چنین شرایط بی‌ثباتی، ضروری می‌باشد که قاضی مشروعیت خویش را در افکار شهروندان به وجود آورد.

در واقعیت، یکی از ویژگی‌های کار قضات در کابل رجوع متداوم آنها به رویهٔ قضایی و عرف عمومی می‌باشد. در نتیجه می‌توان محاکم را مکانی در جهت اجرای شبکهٔ هنجاری قلمداد کرد که فراتر از نظام و تجهیزات رسمی است. از سوی دیگر، تضاد و

تنش حل‌ناشدنی میان سیستم‌های متفاوت هنجاری قاضی را وامی‌دارد تا تصامیمی اتخاذ نماید که مخالف اساسات و اصول قضایی است. علاوه بر این، وزنهٔ سیاسی نهادهای مختلف که هر کدام به یکی از این سیستم‌های هنجاری ارتباط می‌یابند (جامعهٔ بین‌الملل، حکومت، مقامات محلی، رجال برجستهٔ مذهبی) و رقابت میان آنها در تضعیف هیئت و مجموعهٔ قضات که از مشکلات دیگری چون فقدان امکانات مالی، عدم زیربنا و تجهیزات قضایی (محاکم)، نبود دوره‌های آموزشی و غیره رنج می‌برند، تأثیرگذار است.

در چنین وضعیتی، وظیفهٔ قضات در شکل "هنر توافق و سازش" ظاهر می‌شود. بناً اولین هدف یا نگرانی یک قاضی اعمال قانون نیست، بلکه این است که چگونه می‌توان با رعایت سیستم‌های هنجاری موجود یک همخوانی و سازگاری را میان طرفین منازعه به وجود آورد. اهمیت اسناد عرفی در محاکم، اولویت ایجاد توافق میان طرفین داخل منازعه، تمایل به برقرارسازی سلسله‌مراتب اجتماعی حاکم، تمامی اینها عناصری هستند که قضات کابل به نام احکام عالیۀ دولت و با تکیه بر میکانیسم‌های عرفی و اقتدار سنتی قضایا را حل و فصل می‌کنند. در این موارد، قضات نه تنها به عنوان میانجیگر میان طرفین دعوا ظاهر می‌شوند، بلکه همچنین میانجیگری می‌باشند میان اشکال مختلف قدرت، اراده و تمایلات یک نهاد قضایی که حکومت و جامعهٔ بین‌المللی بر اساس معیارهای مورد نظرشان امید به بر پا نگهداشتن آن دارند. حکومت افغانستان و نهادهای بین‌المللی، که بازسازی کنونی سیستم عدلی و قضایی را رهبری می‌کنند، آرزو دارند که قضات تجسم مدلی از عدالت باشند که همان عدالت حکومت است، الهام گرفته از "حکومت قانون" که بسیاری از افغان‌ها با آن آشنایی ندارند. در عمل، قضات از این مفکوره و نظر دور شده‌اند و در محاکم به اعمال شیوه‌های سنتی و اجتماعی (عرف عمومی و مراجعه به اسناد عرفی) مصروف‌اند. این عمل باعث برقراری اشکال مختلف وابستگی می‌گردد: به‌طور مثال، یک زن که مورد خشونت شوهرش قرار گرفته است، به دلیل فرار از کانون خانواده برای مدتی به حبس محکوم می‌گردد و حتی خشونتی که وی (زن) متحمل آن گردیده است نادیده گرفته می‌شود.

وجود شبکهٔ هنجاری متشکل از سیستم‌های مختلف متصل به هم به قاضی موقوف (جایگاه) مهم و مرکزی می‌دهد. اما در مجموعه‌ای از نهادهای فاسد و تحت تأثیر فشارهای بیرونی،^{۳۴} "هنر توافق و سازش" در اکثر موارد به منطقی لایزال تبدیل می‌شود؛

³⁴De Lauri, "Afghanistan: Corruption and Injustice in the Judicial System."

در حالی که پیش‌شرط اساسی "هنر توافق و سازش" می‌بایست تحلیل سلسله‌مراتب اجتماعی توسط محکمه در کادر فعالیت‌های قضایی باشد، فقط با کم کردن فاصله‌های اجتماعی-طبقاتی میان طرفین دعوا خواهد بود که راه حل پیشنهادشده توسط قاضی می‌تواند وسیله مؤثری برای آشتی باشد.

بررسی مورد فرشته در سال ۲۰۰۷ نشان می‌دهد که این پیش‌زمینه کاری برای تسویه حساب میان طرفین دعوی صورت نگرفته است و در همین رابطه، این وکیل انجمن قانون غشتونک، که یک انجمن فراهم‌کننده خدمات رایگان حقوقی در محاکم در کابل می‌باشد، می‌گوید:

وقتی سخن از کلمه فرهنگ به میان می‌آید، ما باید معنی آن را بدانیم. در اکثر قضایا، ما کلمه فرهنگ را مختص به مردان می‌کنیم. اگر یک زن در مقابل قاضی حضور یابد، امکان اینکه در موقع خروج عدالت در موردش تأمین شده باشد بسیار کم است. به همین ترتیب، اگر یک فقیر بر علیه یک فرد ثروتمند دعوا نماید، بسیار مشکل خواهد بود تا حقوق خود را به دست آورد.

برای کسانی که می‌خواهند مشکلاتشان را از طریق قضا و محاکم حل و فصل نمایند، "هنر توافق و سازش" به شکل ضرب‌المثلی درآمده که عموماً مورد قبول قرار گرفته است: در محاکم، فیصله و تصمیم به محکمه بستگی دارد و نه به قانون و نیز نه به شرایط پیش‌بینی‌شده در مواد قانون. در جریان یک مصاحبه در آوریل سال ۲۰۰۸ با قاضی عبدال، قاضی ناحیه دوم شهر کابل، و به لطف او به درک مهمی دربارهٔ با این موضوع رسیدم:

اگر بخواهم به صورت تئوریک یک دعوی حقوقی (قضیه دعوی) را توصیف کنم، بدون شک اظهاراتم بسیار متفاوت خواهد بود از تصمیماتی که هر روز می‌گیرم. گاهی فقط مهم‌ترین مسئله این است که بتوانی از گرفتن بدترین تصمیم خودداری کنی، زیرا شرایط آن‌طوری که تصور می‌شود نیست و اعمال قانون به تنهایی کافی نمی‌باشد. [...] شکی نیست که قانون به روی کاغذ یک چیز است، ولی یک محاکمه در محکمه چیزی دیگر است. باید بدانی که کار کردن در شرایط کابل امروزی مرا مجبور می‌سازد تا طوری عمل نمایم که متفاوت از چیزی باشد که می‌خواهم به آن عمل کنم. من می‌دانم که بر اساس قوانین افغانستان چه عملی قانونی و چه کاری غیرقانونی می‌باشد و نیز معنای نقض حقوق بشر را

می‌دانم و معنای خیانت به توقعات و امیدهای مردم را به خوبی درک می‌کنم. من همیشه کوشش می‌کنم که کارها را به بهترین وجه آن انجام دهم، اما این کار بدین معناست که باید برخی اوقات از ابزارهای قضایی در اختیارم به‌طور پیچیده استفاده کنم. تلاش در ایجاد توافق میان دو نفر به معنی تلاش در آشتی دادن میان دو قانون (سازگار ساختن دو قانون) می‌باشد. اگر به مورد قضیهٔ دیروز فکر کنی (قضیهٔ دعوی میان دو نفر بر سر یک نمبر زمین) باید بدانی که اسناد عرفی زیادی جهت ارزیابی داشت. بدون نظر اعضای شورا امکان نداشت بتوان قضیه را به‌طور سریع حل کرد. با احترام به اقتدار شورا در واقع من اقتدار خود را به کرسی نشاندم. من کاملاً آگاه هستم که با اجتناب از بدترین تصمیم‌گیری به حقوق افراد آسیب‌پذیر تجاوز می‌کنیم.

ملاحظات قاضی عبدل بیان‌کنندهٔ پیامدهای اجتماعی و هنجاری بنیادینی است که در پس (پشت) رویه‌های قضایی نهفته است و به این ترتیب به نوعی از مشکلاتی می‌گوید که بر سر راه اصلاح سیستم قضایی قرار دارد.

نتیجه‌گیری

قسمت عمده‌ای از مطالعات در مورد نظام هنجاری افغانستان بر همزیستی یا اختلافات میان نظام‌های متفاوت هنجاری متمرکز شده است و در نتیجه، چشم‌انداز دوگانه‌ای بر ادبیات تاریخی-قضایی افغانستان حاکم است که بنا بر آن، عدالت رسمی و عدالت غیررسمی در مقابل هم یا در تضاد با هم دیده می‌شوند. در این مطالعات، روابط بین‌الهنجاری (اتصال و اصطکاک هنجاری) موجود در حین عمل نادیده گرفته شده است. به عبارتی، به مقولهٔ همزیستی نظام‌های متفاوت هنجاری در عمل و نیز به شیوه‌ای که اشکال مختلف عدالت مورد مذاکره و سازش قرار می‌گیرند بسیار کم‌توجهی شده است. همین موضوع مانع از تجزیه و تحلیل نقش نظام عرفی در ساختار نظام قضایی شده است. در حالی که شیوه‌های حل منازعات قضایی در کابل امروزی در ارتباط با تأثیرات متقابل سیستم‌های هنجاری در بین خود است، انعطاف‌ناپذیری دسته‌بندی‌های نظری جایی برای مذاکرات دایم و بی‌وقفه می‌گذارد.

بنای یک حکم قضایی در محاکم فقط رابطهٔ میان قاضی و قانون را به حساب نمی‌آورد، بلکه در یک پروسهٔ بسیار گسترده جای می‌گیرد که در آن عوامل متعددی تأثیرگذار می‌باشد. من در این مقاله کوشیدم مدل میانجیگری و فرهنگ سازش و توافق در رویه‌های قضایی در کابل را روشن سازم و این هر دو در مشروعیت اجتماعی محکمه

دخیل و مبین تداومی است که میان کارکرد قضایی، حرفه قضات و نقش سیاسی اجتماعی آنها غالب است. معمولاً عمل قاضی به همان اندازه موجز است که دخالت قدرت در زندگی افراد قوی. در غیر این صورت، قاضی خود را محدود به تأیید اعتبار و مشروعیت یک آئین دادرسی می‌کند که توسط دیگران انجام گرفته است.^{۳۵} اشاره‌ای به کارهای سیمون رابرت از نگاه تطبیقی در اینجا جالب به نظر می‌رسد.^{۳۶} بنا بر نظر وی، مدت‌هاست که محکمت‌ها به جایگاهی "روبنایی" (façade) سمبولیک یا ظاهری تبدیل شده‌اند، با پویایی‌های غامضی در پس خود که از تصمیم‌گیری یک‌جانبه قاضی فراتر می‌رود. با تبدیل رسمی محاکم عدلیه به میدان توافق و سازش دو جانبه، رابطه میان شکل و ماهیت قانون بسیار پیچیده‌تر گشته است. قضات اکثراً در محاکم به شکل تشریفاتی و سمبولیک ظاهر شده و بر نهادهای هنجاری که در آن بازیگران بسیاری دست‌اندرکار هستند ریاست می‌کنند یا آنها را توجیه می‌کنند و به آنها مشروعیت می‌بخشند که این تحول شاید هم‌زمان در زوال اقتدار و نیز نقش عملی محاکم قضایی سهیم بوده باشد.

با در نظر گرفتن وزن مدلهای غیربومی عدالت در افغانستان، به‌خصوص نمونه آمریکایی، به نظر جایگاه تشریفاتی قضات محاکم کابل جایی در نقطه اتصال و تعامل (interconnction) سیستم‌های هنجاری متفاوت قرار داشته باشد. در واقع، در چارچوب پروژه دولت‌سازی و قالب‌سازی نهاد قضا است که تعاملات هنجاری (interconnections) (normatives) شکل می‌گیرند و در ارتباط با این چارچوب سیاسی-قضایی است که پویایی و حرکتی که از آن به نام "هنر توافق و سازگاری" نام بردم، قابل فهم و درک می‌باشد. میکانیسم قضایی و رویه عرفی در جریان پروسه دعوی با هم در تعامل می‌باشند. با این حال، ماهیت این تعامل حاصل سیاست قضایی که توسط نهادهای بین‌المللی که مدیریت بازسازی نظام عدلیه افغانستان را به دست دارند نمی‌باشد، بلکه بیشتر نتیجه اقدامات قضاتی است که با هدف مشروعیت‌سازی، که بعضاً ناخودآگاهانه است، برای شناور یا مبهم ماندن در شرایط بی‌ثباتی شدید انجام می‌گیرد. نمونه‌ای از اشکال مخصوص میانجیگری قضایی را که در محاکم کابل مشاهده می‌شود می‌توان به نوعی بندبازی جهت برقراری تعادل به حساب آورد که اغلب از حمایت افراد آسیب‌پذیر غافل می‌ماند.

Structured Negotiation," *Oxford Journal of Legal Studies*, 29:3 (2009), 457-479.

³⁵Sacco, *Antropologia giuridica*.

³⁶S. Roberts, "Listing Concentrate the Mind': the English Civil Court as an Arena for

با قرارگرفتن در پشت قوانین دولتی، مقوله سازش میان سیستم‌های هنجاری از ادبیات حاکم در رابطه با بازسازی قضایی حذف می‌شود. با این حال، این فضای مذاکره و گفت‌وگو ارزش بازمینی دارد. در واقع، در عمل قضات به راه‌حلهایی می‌رسند و سازش‌هایی را باعث می‌شوند که منتهی به نهادینه‌سازی مدل‌های هنجارهای پیوندی (hybrid normative models) می‌شود، حتی اگر گاهی مانند قاضی عبدال از خود بپرسند که آیا برای حل یک مورد در محکمه سیستم‌های هنجاری موجود کافی است یا بیش از حد زیادند.

بر اثر جنگ‌های چندین ساله، امروزه قضایای منازعه بر سر زمین بسیار زیاد می‌باشد که خود نشان‌دهنده موجودیت بحران در عرصه حقوق فردی در سیستم قضایی کشور است؛ سیستمی که توان برقراری تعادل و بازسازی بی‌عدالتی و نابرابری‌های ساختاری را، که داری ریشه‌های عمیق تاریخی-اجتماعی هستند، ندارد. در چنین اوضاع و احوالی، "مدل‌های هنجاری پیوندی" که قضات آن را در محاکم به کار می‌برند، همراه و همپای "عدالت خانگی" (do it yourself justice) در جریان است که عدالتی است که به دست خود فرد اجرا می‌شود و اکثریت افغان‌ها به آن رجوع می‌کنند.