

Option Paper on a Constitutional Court for Afghanistan

دیوان عالی قانون اساسی در قانون اساسی جدید افغانستان

سعید امیر ارجمند و کیم لین شپل

Saïd Amir Arjomand and Kim Lane Scheppele

16 مارس 2003

لزام تاسیس دیوان عالی قانون اساسی

برای بهره بردن کامل از آخرین پیشرفتهای بین المللی در علم حقوق اساسی بجاست از مدل تکامل یافته محاکم قانون اساسی در دهه 1990-2000 برای تاسیس دیوانعالی قانون اساسی افغانستان استفاده شود. این دیوان میتواند وسیله اصلی نگرانی از قانون اساسی برقراری حکومت قانون و تقویت دموکراسی در افغانستان باشد.

محاکم قانون اساسی نقش نمونه و مهمی را در تعلیم افکار عمومی در مورد نظامهای سیاسی و حقوقی جدید بعهده دلرند و تضمین مطابقت قوانین و تصمیمات مسئولین دولت با قانون اساسی نیز بعهده آنان است. این محاکم چون سابقه تاریخی ندارند و وابستگی بنظامهای قبلی بحیثیت آنان لطمه نزده است میتوانند بنشبت و حقانیت دادن به بنیادهای جدید سیاسی و حقوقی در انظار عمومی کمک مؤثری بنمایند. مردم کشورهایی که از این نوع محاکم بهره ور هستند آنها را وسیله شناختن حقوق خود شمرده، اعتقاد جدی یافته اند بلزوم تاسیس چنین بنیادهایی در مرکز برای رسیدگی بشکایاتشان و تثبیت حکومت مردم یا دموکراسی. در جائیکه احزاب سیاسی وجود ندارند یا برای نمایاندن نظرات و خواسته های مردم بسیار ناقصند، دولت فقط از طریق شکایات شخصی میتواند حقیقت اوضاع مملکت را دریابد و بهترین محل برای رسیدگی بشکایات مردم دیوان قانون اساسی است.

محاکم قانون اساسی همچنین میتوانند بحل مشکل کمبود کادر متخصص در دولت و قوه قضائیه بعد از تغییر نظام سیاسی کمک نماید باینمعنی که کسانی را که صلاحیت کاری دارند ولی بعلت همکاری با رژیم قبلی از نظر سیاسی مظنون هستند در تحت نظارت دیوانعالی در رژیم جدید بکار بگمارد. با تاسیس چنین دیوانی در راس هرم ساختمان دولتی جدید میتوان کادر اداری و قضائی قبلی را در مقابل روسای جدیدی مسئول و جوابگو نمود. این در واقع استفاده نمودن از فرصت طلنی و تلاش کارگزاران پائین رتبه نظامهای جنگ سالاری و غیر دموکراتیک است برای بازسازی رژیم جدید. بنابراین دیوانعالی قانون اساسی میتواند بدون هزینه سنگین وسیله مؤثری باشد برای نظارت بر مسئولیت و جوابگوئی کادر اداری و قضائی رژیمهای قبلی در چهارچوب نظام جدید.

برای موفقیت در نیل باین هدفها، لازم است که دیوانعالی قانون اساسی از استقلال کامل برخوردار بوده و بحیث یک سازمان مستقل دولتی جدا از قوه قضائیه عادی تاسیس شود. اگر احیانا در مورد قدرت وسیع این دیوان و احتمال سوء استفاده از آن محل نگرانی است، میتوان در مقابل این قدرت بقوه مقننه منتخب مردم نیز در مورد بازنگری در قانون اساسی اختیاراتی داد.

اختیارات دیوانعالی قانون اساسی

اختیارات محاکم قانون اساسی بشرح زیر میباشد:

1- بازبینی موردی و نظارت بر تعبیر قوانین: این اولین نوع بازبینی قضائی میباشد که شروع آن از طریق ارجاع موردی است از طرف یکی از محاکم عادی بدیوانعالی در وقتیکه در تناقض یکی از قوانین عادی کشور با قانون اساسی برای او سؤالی پیش آید. قضات عادی میتوانند چنین موردی را راسا و یا بنقاضای یکی از طرفین دعوا بدیوانعالی ارجاع نمایند. در اینصورت محاکمه تا تصمیم دیوانعالی معوق میماند. اگر دیوانعالی باین نتیجه رسید که ماده قانونی مربوطه مناقض قانون اساسی است آنرا از درجه اعتبار ساقط اعلام خواهد نمود و از آن ببعد محاکم عادی حق اعمال آنرا نخواهند

داشت. محاکمه بعد از ابلاغ تصمیم دیوانعالی در همان محکمه عادی ادامه مییابد. بازبینی موردی وسیله ایست برای تعلیم قضاات عادی و برای انسجام دادن بسیستم حقوقی بر مبنای قانون اساسی.

این نوع بازبینی قضائی برای یک نظام حقوقی جدید مزایای تعلیماتی قابل ملاحظه ای در بر دارد. چون فقط دیوانعالی قانون اساسی میتواند قوانین را از درجه اعتبار ساقط نماید، محاکم عادی چاره ای جز اجرای قانون ندارند ولی در عین حال میتوانند در مورد اعتبار قانونی قواعد و تعبیر و طریق صحیح اجرای قوانین از دیوانعالی استعلام نمایند. باینترتیب مسئولیت تشخیص موادی که احیانا میتوانند با قانون اساسی مغایرت داشته باشند بقضاات عادی داده میشود و در عین حال راهنمایی آنان و تصمیم نهائی بعهده دیوانعالی است. در نتیجه از طریق ارجاع بدیوانعالی قانون اساسی بقضاات عادی کشور امکان مشارکت در تحکیم حکومت قانون و انسجام کلی بسیستم حقوقی داده میشود. البته تعلیم قضاات و آشنا نمودن آنان با اجرای قانون با در نظر گرفتن انطباق کلیه قوانین با قانون اساسی از این طریق مدتها طول خواهد کشید.

بنظر ما اختیار ارجاع سؤالات بدیوانعالی بایستی بقضاات محدود شود و بطرفین دعوا چنین حقی داده نشود چون اگر یکی از آنها بعد از محکومیت ادعای تناقض قانون مربوطه را با قانون اساسی داشت میتواند از طریق "شکایت عدم رعایت قانون اساسی" بدیوانعالی مراجعه نماید.

2- شکایات عدم رعایت قانون اساسی: رسیدگی باین نوع شکایات جزو اختیارات اغلب محاکم قانون اساسی است. هر شخص ذی‌علاقه میتواند با این شکایت از تصمیمات مقامات دولتی تقاضای لغو آنها را از دیوانعالی بنماید. (مثلا اگر اجرای مقررته کمیسیون انتخابات در مورد یکی از کاندیدها حق آزادی بیان را از او سلب نماید، کاندیدای مذکور میتواند بدیوانعالی شکوائیه تقدیم نماید.) در چنین مواردی شکوائیه یا (الف) میتواند ادعا نماید که مقرراتی که از طریق مقامات دولتی اجراء گردیده بطور کلی مناقض قانون اساسی است، و یا اینکه (ب) اجرای آن در مورد شاکای مغایر با قانون اساسی بوده است. در هر دو مورد اختیار دیوانعالی هم وسیله ایست برای نظارت مقامات دولتی و هم برای لغو مقررات خلاف قانون اساسی. بدون این اختیار دیوانعالی فقط توانائی قضاوت در مورد اعتبار صوری قوانین را خواهد داشت و نخواهد توانست بمشکلات ناشی از اجرای قوانین بنحوی که مناقض قانون اساسی باشد رسیدگی نماید. حال آنکه لازم است در بسیستم حقوقی جدید هم اعتبار صوری قوانین و هم نحوه اجراء آنها مطابق با قانون اساسی باشد. با دادن حق شکایت مستقیم از تصمیمات مقامات دولتی منجمله قضاات بافرااد ملت، این نوع بازبینی قضائی راهی را برای نظارت بر اعمال و افعال تمام اجزاء دولت بر طبق قانون اساسی باز خواهد نمود.

با در نظر گرفتن بالا بودن سطح بیسوادی بخصوص در بین زنان در کشور افغانستان و برای دسترسی تمام افراد کشور بدیوانعالی قانون اساسی، جا دارد واحد سیار مخصوصی مرتبا برای شنیدن و نوشتن شکایات مردم بنقاط مختلف کشور سفر کند. راه دیگری که برای دسترسی آسانتر بدیوانعالی قانون اساسی وجود دارد عبارت است از دادن اجازه نوشتن و تسلیم "شکایات عدم اجرای قانون اساسی" بمؤسسات غیر دولتی و غیر انتفاعی خیریه و حقوق بشر. همچنین میتوان این وظیفه را بعهده بازرس عالی (امبودمن) یا کمیسیون حقوق بشر گذاشت.

3- بازبینی مجرد و نظارت کلی بر تطبیق قوانین با قانون اساسی: در این نوع بازبینی قضائی مجرد، دیوانعالی میتواند بدون شکایت و مورد بخصوصی در باره اعتبار صوری قوانین اظهار نظر نموده، در صورت تناقض با قانون اساسی آنها را لغو نماید. دیوانعالی قانون اساسی نبایست این اختیار را بخودی خود داشته باشد بلکه فقط موقعی بتواند اظهار نظر نماید که قانونی از طرف اشخاصی که قانون اساسی یا قانون دیوانعالی قانون اساسی صراحتا بآنها صلاحیت داده باشد بآن ارجاع شود. بنظر ما بخود دیوانعالی نباید صلاحیت ارجاع قانونی برای بازبینی مجرد داده شود.

اغلب محاکم قانون اساسی این اختیاری را دارا هستند ولی در مورد اشخاصیکه بآنها صلاحیت ارجاع قوانین برای بازبینی مجرد داده شده بین کشورهای مختلف فرق بسیار است. قوانین اساسی محافظه کار صلاحیت ارجاع قوانین را برای این نوع بازبینی قضائی بعهده معدودی از مقامات عالیرتبه کشور مثل رئیس جمهور و نخست وزیر و قاضی القضاات و بازرس عالی و کمیسیون حقوق بشر و رؤسای مجالس پارلمان یا تعداد معتناهی از اعضاء آنها محدود مینمایند. ولی بازترین نوع این بازبینی مجرد حق تقاضای آنرا از محکمه قانون اساسی بدون محدودیت صلاحیت بتمام افراد میدهد (مثلا در کشور مجارستان). البته اکثریت کشورهای صلاحیت ارجاع را محدود بمقامات عالیرتبه دولتی

مینمایند. ولی با توجه بشر ائافغانستان بعد از جنگهای داخلی طولانی، حق تقاضای بازبینی مجرد در مورد حقوق بشر میتواند علاوه بر افراد عادی بمؤسسات غیر دولتی و غیر انتقاعی حقوق بشر و خیریه نیز که بیشتر متوجه این امر هستند داده شود.

دادن حق شکایت بدیوانعالی قانون اساسی بنماد افراد ملت افغانستان باعث توانبخشی سیاسی آنان و مشارکت آنان در حکومت و فرآیندهای دموکراتیک میشود و میتواند وسیله ای باشد برای نظارت غیر مستقیم آنها بر مقامات دولتی که شاید تعهد چندانی برعایت قانون اساسی نداشته باشند. چنین نظارتی گواینه بطور غیر مستقیم و از طریق دیوانعالی اعمال میشود میتواند موثر تر از شرکت در انتخابات باشد، بخصوص برای افرادی که جزو دسته بندیها و احزاب سیاسی نیستند ولی احیانا خواهند توانست تقاضای لغو قانون و مقرراتی را که مغایر با قانون اساسی نظام جمهوری افغانستان است بنمایند. اگر فرض نمایم که یکی از نتایج جنگهای داخلی بیست و چند سال گذشته افغانستان از بین رفتن جامعه مدنی باشد، بجا خواهد بود بفردها افراد ملت اجازه شکایت از تجاوز مقامات دولتی از حدود مشخصه در قانون اساسی داده شود. در کشورهایی مانند مجارستان و اسپانیا که تمام افراد حق شکایت بمحاکم قانون اساسی را دارند محبوبیت و حقانیت دموکراسی در بین مردم بسرعت بالا رفته است.

انواع بازبینی قضائی مورد بحث بعد از رسمیت یافتن قوانین اعمال میشوند. علاوه بر این نوع بازبینی، نوع دیگر بازبینی قضائی قبل از رسمیت یافتن قوانین است. این اختیار عبارت است از اعلام تناقض مصوبات پارلمانی در مدت بین تصویب و امضای قانون بوسیله رئیس جمهور. بنظر ما جا دارد فقط بر رئیس جمهور صلاحیت ارجاع مصوبات جرگه ها را بدیوانعالی برای تشخیص عدم تناقض با قانون اساسی را داد و دادن اختیار بررسی خودبخود تمام مصوبات چنانکه در کشورهای فرانسه و ایران اعمال میگردد بصلاح و خالی از اشکال نیست. چون فرض را بایستی بر این گرفت که پارلمان در اصل صلاحیت قانونگذاری را دارد و فقط در صورتی میتوان این فرض را باطل شمرد که احیانا بنظر رئیس جمهور قصوری پیش آمد کرده باشد.

4- دیوانعالی قانون اساسی میتواند کمبود قانونی را که بایستی بر طبق قانون اساسی وضع شود اعلام نماید. این اختیار برای موقعی است که قوانین و مقرراتی را که قانون اساسی الزام نموده باشد معطل مانده و موجود نباشند مثلا قانون احزاب سیاسی یا مقررات شرایط و طرز العمل انتخابات شوراها محلی. هر فرد حقیقی یا حقوقی که از فقدان چنین قوانین و مقرراتی ضرر یابد بایستی حق تقاضای اعلام کمبود قانونی را از دیوانعالی قانون اساسی داشته باشد. البته این حق را بعموم افراد ملت نیز میتوان داد.

5- یکی از اختیاراتی که بندرت بمحاکم قانون اساسی داده میشود ولی ممکن است برای افغانستان مفید باشد اختیار الزام اجرای قانونی است که در عمل معوق مانده باشد. مثلا اگر قانون ثبت احزاب سیاسی موجود باشد ولی سئولان دولتی از ثبت احزاب جلوگیری نمایند، اشخاص ذینفع بایستی بتوانند از دیوانعالی قانون اساسی تقاضای الزام اجرای قانون مربوطه را بنمایند.

محاکم قانون اساسی معمولا اختیار رسیدگی باختلافات مرکز و ولایات را دارند. در سیستمهای غیر فدرال، چون ولایات حق قانونگذاری باستقلال را ندارند، مقامات مرکزی میتوانند از تجاوز مقامات ولایاتی از حدود اختیارات قانونی خود بدیوانعالی قانون اساسی شکایت نمایند. مثلا اگر یکی از جنگ سالاران محلی بدون داشتن اختیارات لازم قانونی دستوری صادر نماید، رئیس جمهور یا یکی از وزراء بایستی بتواند از دیوانعالی تقاضای لغو آنرا بنماید. از اینطریق ممکن است بعضی از مشکلات حاد سیاسی افغانستان را در چهارچوبه قانونی و با در نظر گرفتن معیارهای قانون اساسی حل نمود و این باعث تقویت حکومت قانون خواهد شد.

ممکن است در مواردی دولت مرکزی تصمیماتی را بعهده مقامات محلی گذاشته باشد، یا خودمختاری نسبی برای شوراها، مثلا در امور فرهنگی، در نظر گرفته شده باشد و یا در تعبیر قوانین کشور با در نظر گرفتن عرف عشیره ای در حل اختلافات بین افراد تا حدی مجاز باشند. در چنین مواردی تشخیص حد مجاز تعبیرات و تصمیمات محلی در برابر قوانین کشور بعهده دیوانعالی قانون اساسی است. همچنین شوراها و مقامات محلی میتوانند تقاضای الزام مقامات بالاتر را بانجام قوانین و مقررات مربوطه بآنها، مثلا تعلیمات مذهبی و زبانی و فرهنگی در مدارس، بدیوانعالی قانون اساسی تسلیم نمایند.

7- دیوانعالی قانون اساسی بایستی اختیار رسیدگی بتعارضات قوای سه گانه (مقننه، مجریه و قضائیه) و اختلافات بین دستگاههای مختلف دولتی را داشته باشد. در موارد تفکیک قوا مقام مربوطه مثلاً رئیس جمهور و وزراء حق تقاضای رسیدگی از دیوانعالی را دارد. یکی از جرگه های پارلمان نیز میتواند در مورد دستورات رئیس جمهور و اینکه آیا محتاج تصویب قوه مقننه هستند یا خیر از دیوانعالی درخواست رسیدگی نماید.

8- اگر شرایط رفتارندم در قانون اساسی آمده باشد، بجاست که دیوانعالی قانون اساسی خودبخود حق بررسی این شرائط و اعلام عدم مغایرت رفتارندم را با قانون اساسی داشته باشد.

9- اختیار بررسی معاهدات بین المللی و عدم تناقض آنها با قانون اساسی. دیوانعالی میتواند وظیفه مهمی را در تقویت نظام حقوقی افغانستان از طریق قوانین بین المللی بعهده گیرد، بدو صورت:

- الف- بازبینی قضائی میتواند وسیله ای برای ادغام قوانین بین المللی در قوانین کشوری باشد.
ب- از طریق تعبیر قانون اساسی با در نظر گرفتن ارزشهای حقوقی بین المللی، دیوانعالی قانون اساسی میتواند بتقویت فرهنگ حکومت قنون کمک موثری نماید.

سلب اختیاراتی از دیوانعالی قانون اساسی

دادن اختیارات زیر بدیوانعالی قانون اساسی در افغانستان اشتباه بنظر میرسد چون برای هر یک میتوان مرجع مناسبتری یافت:

1- بازبینی قضائی احزاب سیاسی، نتایج انتخابات و نظارت بطرز عمل سیاسی متعلق بکمسیون انتخابات میباشد. اگر در اینموارد انحرافی رخ داد، مثلاً اگر حزبی اجازه ثبت داده نشد، امکان شکایت بدیوانعالی قانون اساسی بطور عادی و از طریق "بازبینی قضائی موردی" باز خواهد بود و بنا براین احتیاجی باضافه نمودن اینمورد باختیارات دیوانعالی نیست.

2- محاکمه مقامات عالیرتبه دولتی بهتر است بدیوانعالی اداری محول شود.

3- صدور نظریات مشورتی بمقامات دولتی در مورد سیاستهای دولت نیابستی جزو اختیارات دیوانعالی قانون اساسی باشد. بررسی چنین سیاستهای کلی دولت در رابطه با حقوق بشر بایستی بعهده بازرس کل (امبودمن) یا کمیسیون حقوق بشر محول شود.

بازبینی قضائی و شریعت

دیوانعالی قانون اساسی میتواند در تطابق قوانین و مقررات اداری را با قانون اساسی با در نظرگرفتن اساسات اسلام، حکومت قانون، حقوق اساسی و بشری و دیگر ارزشهای والای قانون اساسی اظهار نظر نماید. بنظر ما موادی که در قانون اساسی جدید معادل مواد 7، 1، 64، 69² و 102³ قانون اساسی 1964 میباشد سلسله مراتب ارزشهای حقوقی را مشخص نموده حدود و معیارهای بازبینی قضائی را در رابطه با اساسات اسلام و شریعت برای دیوانعالی قانون اساسی معین مینمایند. بنا بر این احتیاجی بتصریح جایگاه شریعت در مواد مربوط بدیوانعالی قانون اساسی باقی نمیماند.

علم فقه هیچوقت مبنای تاسیس حکومت نبوده است چنانکه امام ابوحنیفه و دیگر ائمه مذاهب اسلامی هرگز چنین اقدامی و ادعائی ننمودند بلکه فقه را بصورت علمی که با آن میتوان بر برخی سؤالات مربوط به نظام و زندگانی اجتماعی با در نظر داشتن اهداف دنیوی و اخروی دین مبین اسلام پاسخ داد. اصطلاحات "ایدئولوژی اسلامی" و "فقه سیاسی" بمعنای علم

[رئیس جمهور [در اصل، پادشاه] حامی اساسات دین و حفظ استقلال و نگهبان قانون اساسی است.¹
2. "هیچ قانون نمیتواند مناقض اساسات دین مقدس اسلام و دیگر ارزشهای مندرج این قانون اساسی باشد." البته بجاست اگر بحکومت قانون و دموکراسی و حقوق بشر بحیث ارزشهای مندرج در قانون اساسی تصریح شود. (در فارسی دری افغانستان اساس جمع بسته میشود).
3 "در ساحه ای که [قانون] مصوبه موجود نباشد قانون عبارت است از احکام... شریعت اسلام."

مؤسس حقوق اساسی فرضیه ای کاملاً غلط و مغایر با اساسات اسلامی و دموکراسی بوده از ابداعات متاخر میباشد صرفاً در تقلید از رژیمهای تمام‌گرای کمونیستی و فاشیستی. این فرضیه غلط اشتباهات دیگری را نیز بدنبال داشت از جمله مغالطه فروع دین و حتی موارد اختلاف مذاهب مختلف با مقاصد شریعت اسلامی و همچنین تلیق مقاصد الشریعه با ایدئولوژیهای تمام‌گیرا. نتیجه این اشتباهات برداشت غلطی است از جایگاه فروع در سلسله مراتب ارزشهای حقوقی و منابع قانون.

معادل منطقی فروع اساسات قانون اساسی نمیشود بلکه قوانین عادی کشور است. بنابراین دیوانعالی قانون اساسی نمیتواند قوانین موضوعه کشور را بصرف مغایرت با بعضی فروع غیر قانونی اعلام نماید چون خود فروع بر اساس مقاصد الشریعه و اصول اسلام منجمله مصلحت و خلافت انسان و اساسات اخلاقی اسلام همیشه قابل تعبیر بوده اند و میباشد. از این ملاحظات میتوان نتیجه گرفت که قضات عادی نمیتواند موردی را بجهت مغایرت قوانین موضوعه با شریعت یا اسلام برای "بازبینی موردی" بدیوانعالی قانون اساسی ارجاع نمایند. و همچنین "شکایات عدم رعایت قانون اساسی" و تقاضای "بازبینی مجدد" نیز نمیتوانند مبنی بر تناقض قوانین و افعال اداری با شریعت اسلامی باشد.

متأسفانه بحث در اطراف رابطه بین شریعت و قانون اساسی در حقوق تطبیقی بیشتر جنبه ایدئولوژیک داشته اند و در آنها کمتر بتاريخ حقوق عمومی و قانون در کشورهای مسلمان توجه شده است. برخلاف تصورات غلط رایج، سیستم بازبینی قضائی در سنت قضا در اسلام وجود داشته است و محکمه مظالم سلاطین بحیث بالاترین محکمه تمیز انجام وظیفه مینموده. حمایت اسلام و حفظ نظام وظیفه سلاطین و پادشاهان مسلمان بوده که آنرا در مرحله تمیز بقاضی مظالم محول مینموده اند. مظالم محکمه رسیدگی بشکایات رعایا از ظلم ماموران دولتی و محصلین مالیات و از بیعدالتی قضات عادی بوده است و اینها تمامی مواردی هستند که با بازبینی قضائی و تشخیص افعال مغایر با قانون اساسی در سیستمهای حقوقی جدید تطبیق مینمایند. بنا بر این در جایی که حقوق پادشاه و سلطان در رژیمهای جدید برئیس جمهور و پارلمان منتخب ملت منتقل میشود، بجاست که وظیفه آنان در رسیدگی به "شکایات عدم رعایت قانون اساسی" و ظلم و بیعدالتی ناشی از تخلف از قانون اساسی نظام بدیوانعالی قانون اساسی انتقال یابد.

عرف و مرافق حل اختلاف عرفی در رابطه با قانون اساسی

قوانین قابل بازبینی شامل قوانین موضوعه و مصوبات پارلمانی، مقررات اداری در سطوح ملی و ایالتی و ولایتی و همچنین معاهدات بین المللی که در داخل کشور اعتبار قانونی دارند میباشد. در مورد حیثیت حقوقی تصمیمات محاکم و تعبیرات ستره محکمه جای بحث است ولی تا حدی که چنین تصمیمات و تعبیرات اعتبار قانونی داشته باشند میتوانند از نظر تطبیق با قانون اساسی مورد بازبینی دیوانعالی قانون اساسی قرار گیرند. راهی که برای بررسی موازین غیر مکتوبی که عرفاً حکم قانون را دارند "بازبینی قانون زنده" نام دارد چنانکه در کشور ایتالیا مرسوم است.

در افغانستان مساله عدم تناقض و تعارض طرق و مرافق عرفی حل اختلافات با قانون اساسی مورد بحث قرار گرفته است. البته تشخیص موازین و معیارهای عرفی غیر مکتوب مشکل است و از طرف دیگر بعضی مرافق حل اختلاف عرفی و محلی میتواند در مواردی مثل شهادت و ازدواج اجباری با حقوق اساسی و بشری منافات داشته باشد. مع الوصف اگر بنا شد حل اختلافات عرفی در سیستم حقوقی افغانستان جایگاهی داشته باشد از سه طریق میشود نظارت قضائی بر مرافق عرفی را تأمین نمود:

1- تصمیمات شوراها و ریش سفیدان محلی را میتوان مستقیماً از طریق "شکایات عدم رعایت قانون اساسی" تحت بازبینی قضائی دیوانعالی قانون اساسی قرار داد.

2- همچنین میتوان نظارت بر مرافق عرفی در حل و فصل اختلافات را بعهده محاکم عادی گذاشت در صورتیکه یکی از طرفین دعوا از تصمیم عرفی شکایت نماید. در اینصورت عرف در عمل قابل قبول شمرده میشود بدون اینکه اعتبار قانونی داشته باشد.

3- راه حل ثالث این مساله وضع قوانینی است بر اساس مرافق عرفی. در اینصورت دیوانعالی قانون اساسی، بجای نظارت مستقیم بر حل اختلافات عرفی، اختیار بازبینی چنین قوانینی را از نظر عدم تناقض با قانون اساسی خواهد داشت.

ترکیب و تشکیلات دیوانعالی قانون اساسی

- 1- تعداد قضات: با در نظر گرفتن کمبود کادر متخصص، تعداد قضات می‌توند معهود باشد به 7 یا 9 یا 11 نفر. هرچه تعداد قضات بیشتر باشد، امکان تقسیم محکمه بدویا جند مجلس بیشتر میشود و در این صورت احتمال تصمیمات متناقض نیز بالا میرود.
- 2- شرایط قضات: بهتر است مقامات عالی‌رتبه دولت عضو دیوانعال قانون اساسی نباشند چون عضویت آنها با استقلال دیوان لطمه میزند. قضات بایستی تحصیلات حقوقی جدید داشته باشند. قضات بایستی بعد از انتصاب نیز تشویق شوند با شرکت در کنفرانسهای بین المللی بکارآموزی خود ادامه دهند و باینمطور تسلط به زبانهای خارجی مزیتی بشمار میآید و میتوان آنرا معیار اولویت شناخت.
- 3- روند گزینش 9 تن قضات (با در نظر داشت روشهای متناوب)
 - الف- نامزدی سه تن از جانب رئیس جمهور، سه تن از جانب مشرانو جرگ و سه تن توسط ولسی جرگه (جمعا 9 تن).
 - ب- همه کاندیدان بعد از نامزدی از جانب رئیس جمهور به تایید اکثریت آراء (یا دو ثلث آراء) ولسی و مشرانو جرگه میرسند.
 - ث- تعیین قضات توسط یک هیئت پارلمانی مرکب از نماینده یا رای از هر ولایت صورت گرفته و به اکثریت آراء بتایید میرسد. البته این شیوه ضامن سهمگیری ولایات (و بطور غیر مستقیم ملیتهای) مختلف در امور قضائی میباشد.
- 4- دوره خدمت
 - الف- دوره خدمت باید ثابت بوده و سن اجباری تقاعد وضع گردد (بین 65 تا 70)
 - ب- دروه خدمت قضائی بشکل دورانی بوده تا تکمیل میعاد خدمت بعضی قضات جدید آنا جایگزین کردند. بطور مثال از مجموع 9 قاضی، سه تن اول برای 3 سال، سه تن باری 6 سال و سه دیگر برای 9 سال خدمت نمایند. بعد از آن هر قاضی یک دوره 9 ساله خواهد داشت.
 - ث- دوره خدمت قضات دیوانعالی قابل تمدید نمیباشد. در غیر آن حفظ استقلال قضات در قبال آنهائیکه صلاحیت تمدید دوره خدمت را دارند نا ممکن خواهد بود.
- 5- سلب اختیارات و تناقض منافع
 - الف- قضات بر حال دیوانعالی نمیتوانند بدیگر مامورینهای دولتی اشتغال ورزند، باستثناء اشتراک در امور تربیسی و نویسنندگی.
 - ب- قضات برحال نمیتوانند عضویت احزاب سیاسی و دیگر گروههای مدافعه و تبلیغی را داشته باشند. سازمانهای حقوق بشر میتوانند از این امر مستثنا باشند.
- 6- گزینش عهده داران دیوانعالی
 - الف- رئیس و معاون رئیس توسط قضات منتخب میگردند، نه از طریق انتصاب توسط سیاستمداران.
 - ب- قضات دارای اختیار مقرری و برطرفی کارمندان و دبیران (بشمول منشی عمومی) بوده، این عهده داران تنها به قضات دیوانعالی و قانون اساسی جوابگو میباشند.
- 7- پیشنهاد بودجه برای دیوانعالی توسط قضات آن تسوید گردیده و مستقیما به پارلمان جهت منظوری ارائه گردد. بودجه دیوانعالی نباید مشروط بر منظوری مستقیم دفتر ریاست جمهوری یا وزارت عدلیه باشد.
- 8- معاش قضات بر حال در جریان خدمت نباید کاهش یابد. اگر قسمتی از مکافات قضائی بشکل خانه، مؤثر و امتیازات غیره جنسا پرداخت میگردد، نباید معادل آن از ارزش پولی معاش توسط دولت در دوران تصدی آنها کم و کسری وضع گردد.

9- قضات تنها می‌توانند به انگیزه سیکدوش گردند و آنهم بترتیبیکه اولاً بقیه قضات دیوانعالی رای دهند و بعداً از جانب ولسی یا مشرانو جرگه تایید گردد. قاضی مورد سوال باید در یک محکمه علنی حق دفاع از خود و ارائه ثبوت بیگناهی را داشته باشد.

10- دیوانعالی در موارد زیر ضوابط داخلی خویش را وضع میدارد:

- الف- اینکه آیا نظریه محکمه باید بامضاء برسد.
- ب- اینکه آیا موارد اختلاف عقیده به طبع برسد.
- ث- طرز پذیرش دوسیه ها و تصمیم گیری مستقل در تعیین دستورالعمل جلسات.
- د- تاین زمان مناسب برای صدور فیصله در موارد مشخص.
- ذ- موقفگیری بر اینکه بعضی قضایا قابل دادگستری نمیباشند⁴ و اینکه سوالات مربوط به قانون اساسی حسب لزوم بدیگر شعب واکذار گردد.

11- فیصله های دیوانعالی طبع گردیده و بشکل وسیع، مخصوصاً در میان مامورین دولته، قضات محاکم عادی و موسسات تحصیلات حقوقی توزیع گردد.

⁴ Non-justiciable