

تفکیک قوا و مسئله تفسیر قانون اساسی در افغانستان

محمد قاسم هاشم‌زی *

فهرست مطالب

۱. مقدمه تاریخی
۲. تفکیک قوا در قانون اساسی افغانستان
۳. سایر ویژگی‌های قانون اساسی ۲۰۰۴
۴. مسئله تفسیر قانون اساسی
۵. نتیجه‌گیری

۱. مقدمه تاریخی

الف) تاریخچه قانون اساسی افغانستان (۱۹۲۳-۲۰۰۱)

ایده مشروطه‌خواهی [در افغانستان، برای نخستین بار] در دهه نخست قرن بیستم در میان روشنفکرانی که خود را «جوانان افغان» می‌خواندند، مطرح شد. حامی برجسته این جنبش امان‌الله خان بود که در سال ۱۹۱۹ به سلطنت رسید. امان‌الله خان خود را پادشاهی انقلابی می‌دانست و مدرنیزاسیونی به تمام معنا برای افغانستان در نظر داشت. او در ۱۹۲۳ نخستین

* دکتر محمد قاسم هاشم‌زی دانش‌آموخته حقوق از پوهنتون‌های آکسفورد و شفیلد است. او در حال حاضر معین مسلکی وزارت عدلیه افغانستان است. نویسنده از جناب دکتر فیروز محمودی جانکی بابت ترجمه مقاله حاضر بسیار سپاسگزار است.

این مقاله برای نخستین بار با عنوان زیر به چاپ رسیده است:

Mohammad Qasim Hashimzai, "The Separation of Powers and the Problem of Constitutional Interpretation in Afghanistan", in: *Constitutionalism in Islamic countries* / ed. by Rainer Grote and Tilmann J. Röder, New York, 2012, pp. 665.

قانون اساسی (نظامنامه اساسی) افغانستان که برخی از حقوق اساسی را به شهروندان اعطا می‌کرد و البته جایگاه پادشاه مطلقه را نیز تقویت می‌کرد، تصویب نمود.^۱ با این حال، امان‌الله‌خان با اعتراضاتی در کشور مواجه شد که به شورش قوم شیواری در سال ۱۹۲۸ انجامید که یکسال بعد او را مجبور به فرار از کشور کرد.

قانون اساسی بعدی در ۱۹۳۱ توسط پادشاه نادرخان تصویب شد که از برخی جهات نسبت به قانون اساسی ۱۹۲۳ لیبرال‌تر بود، حتی یک مجلس دوگانه را با صلاحیت قانون‌گذاری به وجود آورد، اما در واقعیت، حکومت نادرخان از آنچهروی کاغذ آمده بود، به مراتب اقتدارگراتر بود.^۲

قانون اساسی سال ۱۹۶۴ بود که پادشاهی مشروطه‌خواه را با سایر ارکان و اجزای دولت پی افکند که اختیارات وسیع نظام پادشاهی را تعدیل می‌کرد. طراحان قانون اساسی درصدد بودند که با ترکیبی از سنت افغانی - اسلامی با اسلوب غربی پادشاهی مشروطه‌خواه، قوای مجریه، مقننه و قضائیه را از یکدیگر تفکیک نمایند. قانون اساسی با مشورت یک مستشار فرانسوی تدوین شد که نمادی از همکاری میان فرانسه و افغانستان در امور حقوقی بود.^۳ همین سند، در ایجاد قانون اساسی فعلی که در سال ۲۰۰۴ به تصویب رسید، بسیار مورد استناد قرار گرفت. متأسفانه، در عمل تفکیک قوا آن‌گونه که در قانون اساسی ۱۹۶۴ پیش‌بینی شده بود، تحقق پیدا نکرد و روند دموکراتیک به سبب جمعیت پایین رأی‌دهنده، آمار بالای بی‌سوادی و فقدان احزاب سیاسی اصلاح‌خواه با مانع روبرو شد.^۴

در قانون‌های اساسی تدوین‌شده پس از ۱۹۷۳، ساختار حکومت پارلمانی به شکل کنونی آن کمتر مطرح بود. در ۱۹۷۳، دهمین پادشاه، محمدظاهرشاه توسط یک گروه نظامی سرنگون شد و حکومتش از بین رفت. لوی جرگه یا شورای بزرگان، یعنی گردهمایی سنتی

1.H. Kakar, "Constitutional History of Afghanistan" in 6 Encyclopedia Iranica Mazda Publishers (Costa Mesa 1992) 158,158-159.

2.S. A. Arjmand, "Constitutional Developments in Afghanistan: A Comparative and Historical Perspective" (2005) 53 Drake Law Review 943, 949-950.

3.R. Grote, "Separation of Powers in New Afghan Constitution" (2004) 64 ZaöRV 897, 897.

4.Grote (n 3) 899.

افغان‌ها برای مسائل مهم سیاسی که وظیفه تصمیم‌گیری‌های مهم دولتی را در مواردی مانند تصویب یا تجدیدنظر قانون اساسی از طریق توافق و اجماع بر عهده دارد، در سال ۱۹۷۷ تشکیل شد. لوی جرگه، قانون اساسی جدیدی را تحت تأثیر تفکرات سوسیالیستی به وجود آورد که یکسال بعد توسط شورای انقلاب افغانستان کنار گذاشته شد. پس از یک دوره ناآرامی و وقوع سومین کودتا در ۱۹۷۹، ارتش اتحاد جماهیر شوروی، کشور را اشغال کرد. در ۱۹۸۷، در طول دوره اشغال توسط شوروی، با انتشار قانون اساسی دیگری، کشور نام جمهوری دموکراتیک افغانستان را پیدا کرد. این قانون مادر جدید، احتمالاً متأثر از ایده‌های اصلاح‌گرایانه رهبر شوروی، میخائیل گورباچف بود.^۵ گرچه این قانون به جنگ‌های داخلی خاتمه نبخشید. سرانجام در ۱۹۸۹ مجاهدین، ارتش سرخ را از کشور بیرون راندند و حکومت کمونیستی سرنگون شد، و در ۱۹۹۰ یک دولت اسلامی که حامی یک نظام چندحزبی بود، به وجود آمد. در ۱۹۹۲، دولت اسلامی افغانستان تحت رهبری رئیس‌جمهور برهان‌الدین ربانی به‌طور رسمی به وجود آمد که در ۱۹۹۶ توسط طالبان سرنگون شد.^۶ از آن زمان تا ۲۰۰۱، طالبان یک نظام سختگیرانه مذهبی را با اجرای علنی حکم اعدام به منصفه ظهور رساندند تا مردم را مرعوب خویش سازند. آنان هیچ‌گاه برای طراحی و تدوین قانون اساسی خود اقدام نکردند. رژیم طالبان سرانجام با «عملیات آزادی پایدار» به رهبری آمریکا که از ۷ اکتبر ۲۰۰۱ آغاز شده بود، سرنگون شد.^۷

حکایت قانون اساسی کنونی افغانستان که در ۲۰۰۴ تکمیل شد، با کنفرانس صلح بُن در ۵ دسامبر ۲۰۰۱ آغاز می‌شود. توافقنامه بُن به عنوان نتیجه این کنفرانس،^۸ یک دولت انتقالی [موقت] را به ریاست حامد کرزی برپا کرد. این حکومت در انتخابات پارلمانی بهار

5.B. Rubin, *The Fragmentation of Afghanistan* (2nd ed, Yale University Press, New Haven 2002) 147.

۶. در اکتبر ۱۹۹۳، ربانی طرح یک قانون اساسی شدیداً اسلامی را امضاء کرد که البته هیچ‌گاه متن آن رسماً منتشر نشد. Arjmand ۹۵۴ (۲) (n

7.E. Afsah, "Afghanistan Conflict" in Rüdiger Wolfrum (ed), *Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press, Oxford 2009), available at: <http://www.mpepil.org>, accessed October 10, 2009.

8. Agreement on Provisional arrangements in Afghanistan Pending the Re-establishment of Permanent Government Institutions ("Bonn Agreement"), December 5, 2001 (UN/SC 7234, December 6, 2001).

۲۰۰۵، مورد تصویب قرار گرفت. توافقنامه بُن، به طور موقت قانون اساسی ۱۹۶۴ را که زمانی به عنوان «بهترین قانون اساسی جهان اسلام» وصف شده بود،^۹ دوباره برقرار کرد و شرایط مشخصی را برای قانون اساسی بعدی کشور بیان نمود. بنا شد که از قانون اساسی ۱۹۶۴ به طور کامل، جز در مورد مواد راجع به سلطنت و تفکیک قوای سابق، تبعیت شود.^{۱۰}

ب) شکل‌گیری قانون اساسی جدید (۲۰۰۴-۲۰۰۱)

پس از فروپاشی رژیم طالبان، روند شکل‌گیری قانون اساسی جدید به صورت رسمی از ۵ اکتبر ۲۰۰۵ که کمیسیون تدوین قانون اساسی برای ارائه طرح قانون اساسی جدید تعیین شد، آغاز گردید. قانون اساسی متعاقباً توسط لوی جرگه به تصویب رسید.

کمیسیون مأمور تدوین طرح قانون اساسی برای این کار چندین ماه وقت صرف کرد که [حاصل این تلاش‌ها] پس از آن توسط کمیسیون بازنگری با حضور تعداد زیادی از حقوق‌دانان و متخصصان مورد بازبینی قرار گرفت. لوی جرگه قانون اساسی - که متعاقباً تشکیل شده بود - پس از اعمال برخی تغییرات در طرح اصلی، آن را تأیید کرد. ۵۰۲ نماینده در ۱۴ دسامبر ۲۰۰۳ در کابل گرد هم آمدند و نهایتاً قانون اساسی جدید را در ۴ ژانویه ۲۰۰۴ تصویب کردند. قانون اساسی در ۲۶ ژانویه ۲۰۰۴ توسط رئیس‌جمهور حامد کرزی امضاء شد. نسخه رسمی این قانون، به دوزبان رسمی افغانستان، یعنی فارسی و پشتو موجود است.^{۱۱}

موافقتنامه بُن، فهرستی را از اصول راهنمای تدوین قانون اساسی جدید ارائه کرده بود. این چوکات، قانون اساسی ۱۹۶۴، به ویژه مواد ناظر به حقوق و تکالیف مردم، و لوی جرگه را دربر می‌گرفت. موافقتنامه همچنین، معیارهایی را برای یک نظام ریاستی قوی به انضمام یک پارلمان دومجلسی و قوه قضائیه مستقل ارائه می‌داد و منابع حقوقی را که باید در بازسازی یک نظام عادلانه مورد استفاده قرار بگیرد، پایه‌گذاری کرد.^{۱۲} مطابق آن قرار بود افغانستان به صورت متمرکز و غیرفدرال باقی بماند.

9.L. Dupree, Afghanistan (Princeton University Press, Princeton 1980) 565.

10.Afsah (n 7).

11.B. R. Rubin, "Crafting a Constitutional for Afghanistan" (2004) 14 J. Democracy 5-19.

12.Grote (n 3) 902.

برخی از ناظران، مسئولیت برخی از ابهام‌ها و ناسازگاری‌هایی را که در طول اجرای قانون اساسی نمایان شد، بر عهده اعضای لوی جرگه می‌گذارند که با عجله برخی کلمات را به این قانون اضافه، و برخی دیگر را از آن حذف کردند و زیربخشهایی را به آن افزودند. حل مشکلات ناشی از برخی مفاد قانون اساسی، منوط به اصلاح و نهایتاً تصویب لوی جرگه است، که صلاحیت تصمیم‌گیری نهایی را در مورد چنین اصلاحاتی دارد. مطابق با ماده ۱۱۰ قانون اساسی ۲۰۰۴، لوی جرگه متشکل است از اعضای شورای ملی و رؤسای شورای ولایات و ولسوالی‌ها. وزرا، رئیس و اعضای ستره محکمه و لوی سارنوال می‌توانند بدون حق رأی در جلسات لوی جرگه شرکت کنند. لوی جرگه می‌تواند در مورد مصالح علیای ملی مانند استقلال، حاکمیت و تمامیت ارضی، اصلاح قانون اساسی و محاکمه رئیس‌جمهور تصمیم‌گیری کند.

شایان ذکر است که تجدیدنظر در قانون اساسی باید توسط کمیسیون متشکل از اعضای حکومت، شورای ملی و ستره محکمه انجام شود و پس از آن لوی جرگه که اکثریت اعضا آن را اعضای شورای ملی تشکیل می‌دهد، به فرمان رئیس‌جمهور تشکیل می‌گردد. با توجه به ناهماهنگی و اصطکاک موجود میان شورای ملی و دولت، بعید است که در آینده نزدیک چنین همکاری میان این دو نهاد برای اصلاح قانون اساسی به وجود آید. تنها در صورتی که دو طرف جدل‌های متعصبانه را کنار بگذارند و به خواسته‌های یکدیگر توجه کنند، آنگاه می‌توان امید داشت که در قانون اساسی تغییرات ضروری به وجود بیاید و بسیاری از ابهامات و تناقض‌های آن حذف شوند.

۲. تفکیک قوا در قانون اساسی افغانستان

الف) حکومت ریاستی

تفکیک قوا در افغانستان حول یک نظام ریاستی قوی می‌گردد. قانون اساسی جدید، هم اختیارات پادشاه و هم اختیارات نخست‌وزیر مندرج در قانون اساسی ۱۹۶۴ را به رئیس‌جمهور

تفویض کرده است.^{۱۳} همچنین سه قوه متمایز از هم وجود دارد، که رئیس جمهور به عنوان رئیس دولت و رئیس حکومت، اداره و هدایت همه قوا را بر عهده دارد (ماده ۶۰). رئیس جمهور از جمله این صلاحیت و وظیفه را دارد که سیاست‌های اساسی کشور را تعیین کند، وزرا، قضات و مقامات عالی رسمی را تعیین و منصوب کند، تصمیمات قانون‌گذار را به عنوان بخشی از جریان توشیح و امضاء مورد بازنگری قرار دهد و نیز تصمیم بگیرد که آیا موضوعات راجع به قانون اساسی را به ستره محکمه ارجاع بدهد یا خیر.^{۱۴}

برگزیده شدن به عنوان رئیس جمهور، منوط به کسب بیش از ۵۰ درصد آرای رأی‌دهندگان «از طریق رأی‌گیری آزاد، عمومی، سری و مستقیم» (ماده ۶۱) است. دوره ریاست جمهوری پنج ساله است، با حق انتخاب مجدد تنها برای یک دوره دیگر (ماده ۶۲). رئیس جمهور به همراه دو معاون وی که او را در اجرای امور همراهی می‌کنند، انتخاب می‌شود. وظیفه این دو فرد این است که در موارد اضطراری قائم مقام رئیس جمهور باشند، ولی منعی هم برای انتخاب آنها به عنوان وزیر وجود ندارد. انتخاب دو معاون به رئیس جمهور اجازه می‌دهد که بتواند موافقت سایر گروه‌های سیاسی و متحدان را جلب کند. رئیس جمهور ممکن است به خاطر جرائم علیه بشریت و خیانت ملی توسط لوی جرگه متهم شود، ولی رأی محکومیت توسط دادگاه خاص صادر می‌شود.

قانون اساسی که در ۲۰۰۴ لازم‌الاجرا شد، به رئیس جمهور این اختیار را داده است که هر گاه ضروری دانست شورای ملی را منحل کند. دیدگاه‌های مختلفی در مورد اختیار رئیس جمهور برای انحلال پارلمان به موجب قانون خاص با شرایط از قبل تعیین شده وجود دارد. قانون اساسی برخی از کشورها، رئیس دولت را با این استدلال که چنین قدرتی موجب سوءاستفاده خودسرانه از آن می‌شود، از داشتن چنین حقی محروم می‌کنند. با توجه به ناپایداری موقعیت سیاسی در شورای ملی - که به دلیل خلاءهای موجود در قانون اساسی و قانون انتخابات، درصد اعضای بی‌سواد پارلمان، آسیب‌پذیری پارلمان تحت تأثیر نیروهای

13. Grote (n 3) 904.

14. Grote (n 3) 906.

خارج و داخل پارلمان، رقابت میان رهبران فراکسیون‌ها، نفوذ مافیای مواد مخدر و فقدان قواعد رفتاری همراه با تدابیر انضباطی مؤثر، نامساعدتر شده است. قدرت مؤثر رئیس دولت برای انحلال پارلمان در چوکات قانونی تعریف شده می‌تواند به عنوان عاملی بازدارنده توصیه شود که به ارتقای انضباط و پابندی به قانون در پارلمان یاری می‌رساند.

از آنجا که یکپارچگی و اقتدار، شرایط بایسته و لازم به منظور تبدیل افغانستان به کشوری باثبات است، قانون اساسی ۲۰۰۴ در راستای سنت آغاز شده از ۱۹۶۴، یک حکومت مرکزی قدرتمند را به وجود آورده است تا قادر باشد اقوام مختلف با زبان‌های گوناگون و قلمروهای مختلف را یکپارچه نماید. قانون اساسی، تبعیض‌گذاری میان شهروندان افغان توسط حکومت را منع می‌کند. همزمان، تأسیس حزب بر مبنای قومیت و وابستگی‌های مذهبی نیز ممنوع شده است (ماده ۳۵).

اختیار رئیس‌جمهور برای بازنگری و تو قوانین مصوب شورای ملی و نیز ارجاع دعاوی قانون اساسی به ستره محکمه و نصب قضات، به طور آشکاره وی نفوذ و سیطره قابل ملاحظه‌ای بر همه شعب حکومت داده است.^{۱۵} نگرانی‌هایی به وجود آمده است که صلاحیت‌های چندگانه رئیس‌جمهور می‌تواند تهدیدی علیه استقلال ستره محکمه باشد.

ب) حکومت پارلمانی

به موجب اولین قانون اساسی افغانستان، یعنی نظامنامه اساسی مصوب امان‌الله خان در ۱۹۲۳ (۱۳۰۱)، اعضای پارلمان توسط پادشاه منصوب می‌شدند و در امور دولت نقشی مشورتی بر عهده داشتند. بودجه هم به پارلمانی تقدیم می‌شد که حق بحث و بررسی را در مورد معاهدات و موافقتنامه‌ها نیز داشت.

در ۱۹۶۴ (۱۳۴۳ شمسی)، پارلمان برای اولین بار در تاریخ افغانستان، شعبه‌ای مستقل از دولت شد. پارلمان دارای اختیارات گسترده‌ای از جمله دادن رأی اعتماد به دولت بود. ماده ۴۶ قانون اساسی، داشتن سواد را یکی از شرایط داوطلب شدن برای عضویت در پارلمان

محسوب کرد. افزون بر آن، این قانون اساسی تحت شرایط خاصی، به پادشاه اختیار انحلال پارلمان را داده بود.

شورای ملی کنونی، مطابق با الگوی پارلمان مندرج در قانون اساسی ۱۹۶۴ پایه‌گذاری شده است. این شورا، مرکب از دو مجلس است: مجلس علیا که مشرانو جرگه یا مجلس بزرگان (کلانتران) نامیده می‌شود و مجلس سفلی که ولسی جرگه یا خانه ملت خوانده می‌شود. ولسی جرگه به‌طور مستقیم با رأی مردم انتخاب می‌شود و مشرانو جرگه مرکب از نمایندگان انتخابی و انتصابی است. رئیس جمهور یک‌سوم از اعضای مشرانو جرگه را منصوب می‌کند که این امتیاز را دارند که طول دوره خدمت آنها نسبت به دیگر اعضا بیشتر است. رئیس جمهور مکلف شده است که بیش از ۵۰ درصد منصوبان خود را از زنان انتخاب کند. ولسی جرگه، که اعضای آن به صورت دموکراتیک انتخاب می‌شوند، در مقایسه با مشرانو جرگه، که بعضاً اعضای آن انتصاب می‌شوند، الویت بیشتری دارد^{۱۶} و اختیار عمده شورای ملی، قانون‌گذاری و نظارت بر قوه مجریه (رئیس جمهور و حکومت) است. این شورا در درجه نخست، قوانین جدید را تصویب و قوانین قدیمی را لغو می‌کند. لوایح قانونی باید به تأیید هر دو مجلس و رئیس جمهور برسد. با این حال، اگر مشرانو جرگه لایحه‌ای را رد کند، ولسی جرگه است که نهایتاً حرف آخر را برای تصویب آن می‌زند. ولسی جرگه، مسئولیت حل اختلافات مناقشه‌برانگیز را به خصوص در رابطه با مسائل مالی برعهده دارد. به عنوان مسئول در قبال همه روندها و فرآیندهای غیر از قانون‌گذاری در شورای ملی، این ولسی جرگه است که می‌تواند منصوبان توسط رئیس جمهور را تأیید کند، و یا از طریق رأی عدم اعتماد وزرای او را برکنار نماید.^{۱۷}

دولت، نظارت اندکی بر اعمال صلاحیت‌های تقنینی شورای ملی دارد. دولت صرفاً سیاست‌گذار است و می‌تواند مقرراتی را در انطباق با قانون برای حمایت از آن سیاست‌ها تصویب کند. اولویت پارلمان عبارت است از بحث و بررسی درباره لوایح قانونی و سیاست‌هایی که توسط دولت ارائه می‌شود. وتویک لایحه توسط رئیس جمهور، در صورت

16.Grote (n 3) 908.

17.Grote (n 3) 909-910.

کسب آراء اکثریت دوسوم نمایندگان ولسی جرگه، قابل ابطال است. یک نمونه از این دست، زمانی به وقوع پیوست که رئیس‌جمهور، مسوده شورای ملی به تاریخ ۱۴ آوریل ۲۰۰۷ مبنی بر تشکیل شورای نظارت بر اجرای قانون اساسی را در سال ۲۰۰۹ وتو کرد. با وجود این، شورای ملی آن را در ۱۸ آگوست ۲۰۰۸ بار دیگر تصویب نمود.

اگر ولسی جرگه در دوره فترت باشد، حکومت مسئول قانون‌گذاری است و می‌تواند فرامین تقنینی با اعتبار قانون تصویب نماید (ماده ۷۹). این فرامین ممکن است توسط شورای ملی پس از تشکیل جلسه مجدد رد شوند.

ج) قوه قضائیه

ستره‌محکمه، مرکب از نه عضو است که توسط رئیس‌جمهور و با تأیید ولسی جرگه انتخاب می‌شوند. طول مدت خدمت آنان ده سال است. قاضی عضو ستره‌محکمه باید دارای تابعیت افغانستان، حداقل چهل ساله، با حسن سیرت و شهرت، بدون سابقه جنایی، تحصیل‌کرده در علوم حقوقی یا فقهی، و باید «دارای تخصص و تجربه کافی در نظام قضائی افغانستان» باشد (ماده ۱۱۸). جالب توجه آنکه به موجب الزام قانون اساسی مبنی بر برابری، زنان نیز می‌توانند عضو ستره‌محکمه شوند.^{۱۸} قاضی را نمی‌توان از سمتش عزل کرد، مگر اینکه متهم به ارتکاب جرم شود (ماده ۱۲۷). یکی از وظایف ستره‌محکمه، پیشنهاد قضات به رئیس‌جمهور است که با نظر او منصوب می‌شوند (بخش ۲، ماده ۱۳۲).^{۱۹}

ستره‌محکمه در رأس قوه قضائیه و عالی‌ترین رکن آن است. هر یک از اعضای ستره‌محکمه همزمان ریاست یکی از بخش‌های آن را مانند بخش جزائی، بخش حقوقی و بخش تجاری نیز بر عهده دارد. در صورت نیاز، ستره‌محکمه می‌تواند محاکم خاص و تخصصی ایجاد کند. ستره‌محکمه همچنین مسئول اداره قوه قضائیه است.^{۲۰}

استقلال قوه قضائیه و پاسخ‌گویی [آن]، مبنایی ضروری برای بی‌طرفی در صدور حکم

18.A. Schwarz, "Justizreform und Islam in Afghanistan" (2005) 65 ZaöRV 257, 267.

19.M. Lau, "The Independence of Judges under Islam Law, International Law and the New Afghan Constitution" (2004) 64 ZaöRV 917, 924.

20.Schwarz (n 18) 264.

است که از اصول قانون اساسی حفاظت می‌کند. به گفته مارتین لو، «کمتر شکی وجود دارد که در بیشتر کشورها فاصله میان نظریه قانون اساسی و واقعیت سیاسی، یک واقعیت است».^{۲۱} اجرای عملی اصول قانون اساسی آن را از یک سند نمادین صرف [در می‌آورد و آن را به صورت] یک راهنمای پویا برای عملکرد دولت و حمایت از مردمش تبدیل می‌کند. قانون اساسی نیازمند یک ساختار حکومتی با ثبات است که بتواند از آن حمایت کند. افغانستان، تجربه اندکی در استقلال قوه قضائیه دارد، به گونه‌ای که مقررات نوآورانه قانون اساسی ۱۹۶۴ در مدت کوتاه حیات این قانون اساسی، به نحو کارآمدی تحقق پیدا نکرد.^{۲۲}

استقلال قوه قضائیه یک اصل محوری در حقوق بین‌الملل است؛ اعلامیه جهانی حقوق بشر چنین بیان می‌کند: «هر شخصی حق دارد که به دعوایش در دادگاه مستقل و بی‌طرفی به صورت منصفانه و علنی رسیدگی شود». همچنین، اصول بنیادین قوه قضائیه مستقل که توسط سازمان ملل متحد در ۱۹۸۵ به وجود آمد، مقرر می‌دارد که قضات «باید مصونیت شغلی داشته باشند و در جریان اجرای وظایفشان هیچ‌گونه فشار مستقیم و غیرمستقیمی بر آنان وارد نشود».

قانون اساسی افغانستان به ستره محکمه صلاحیت بازنگری و انطباق قضائی را داده است و آنچنان که در حلف زمان تصدی بیان شده است، وظیفه دارد که «حق و عدالت را طبق احکام دین مقدس اسلام، نصوص این قانون اساسی و سایر قوانین افغانستان تأمین نموده، و وظیفه قضا را با کمال امانت، صداقت و بی‌طرفی اجرا نماید» (ماده ۱۱۹).^{۲۳} شخصیت و دانش قاضی نمونه‌ای،^{۲۴} به‌طور ایده‌آل برای طرفین یک رسیدگی حمایتی را به وجود می‌آورد که «در یک دولت مدرن به وسیله مقررات دقیق دادرسی تضمین می‌شود».^{۲۵} ستره محکمه، مفسر رسمی قانون اساسی است اما مؤلفه‌های دقیق و پیامدهای این قدرت تفسیرگر هنوز محل اختلاف است.

21. Lau (n 19) 917.

22. Lau (n 19) 925.

23. Lau (n 19) 924.

24. Model Judge

25. S. Tellenbach, "Fair Trial Guarantees in Criminal Proceedings under Islamic, Afghan Constitutional and International Law" (2004) 64 ZaRV 929, 939.

۳. سایر ویژگی‌های قانون اساسی ۲۰۰۴

الف) منابع حقوق در قانون اساسی افغانستان

در زمان موافقتنامه بُن در دسامبر ۲۰۰۱، افغانستان یک نظام قضائی ملی مستقل نداشت. به جای آن، ولایات و مناطق هر یک نظام حقوقی خود را عمدتاً مبتنی بر حقوق اسلامی و سنت‌های قبیله‌ای اعمال می‌کردند. در موافقتنامه بُن قید شد که قانون اساسی جدید، نظام قضائی را با ملاحظه موازین و اصول اسلامی، استانداردهای بین‌المللی، اصول حاکمیت قانون و سنت‌های افغانستان بازسازی می‌کند. با توجه به موافقتنامه، «قوة قضائیه افغانستان مستقل بوده و متشکل است از ستره‌محکمه و محاکم دیگری که توسط اداره موقت ایجاد می‌شود».^{۲۶} ستره‌محکمه کنونی به عنوان مفسر نهایی قانون اساسی و سایر قوانین و ناظر محاکم، «صلاحیت قابل توجهی در طراحی و شکل‌دهی به نظام حقوقی دارد»، و این وظیفه «حد اعلاى استقلال و مسئولیت را برای اجرای این نقش می‌طلبد».^{۲۷}

تلاش قانون اساسی برای ترکیب کردن باورها و اصول اسلامی، کنوانسیون‌های بین‌المللی و قوانین داخلی افغانستان با هم، تنها در میان کشورهای اسلامی جریان دارد. ماده ۳ قانون اساسی تصریح می‌کند که «در افغانستان هیچ قانونی نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد». این اصول و مقررات مشتمل بر اصول اعتقادی (معتقدات) و احکام حقوقی (احکام) هستند. بی‌تردید، ارکان پنج‌گانه ایمان مشمول این حکم‌اند، و از آنجا که بیش از ۹۹ درصد مردم افغانستان مسلمان‌اند، این موضوع هرگز مورد اختلاف نخواهد بود. محمد هاشم کمالی به امور اجرایی مدنی^{۲۸} توجه نشان داده است که در دایره وظایف حکومت به عنوان قلمرو اصلی اعمال این ماده قرار می‌گیرد. از دیدگاه او، ماده قانونی به قواعد «صریح و مشخص» اسلام و قرآن و حدیث ارجاع می‌دهد و کمتر به قواعدی مربوط می‌شود که قابل تفسیر هستند. بنابراین، مفهوم ماده ۲ قانون اساسی ممکن است «به عنوان مبنایی

۲۶. موافقتنامه بُن، ۵ دسامبر ۲۰۰۱، ماده ۲ (۲).

27. Lau (n 19) 917-918.

28. Civil Transactions

برای تعدیل و اصلاح کارآمد» مورد استفاده قرار گیرد.^{۲۹} اما همچنین به دلیل کلمات مبهم آن امکان دارد توسط نیروهای محافظه کار به جهت مخالف آن نیز هدایت شود. اصطلاح «معتقدات و احکام» باید صراحت پیدا کند یا تعریف و تدوین شود تا معیارهایی در اختیار محاکم قرار دهد و از طرح دعاوی غیر ضرور جلوگیری نماید.^{۳۰}

افزون بر این، ماده ۷، حقوق بین الملل را به عنوان منبع دیگر قانون به رسمیت می شناسد: «دولت، منشور ملل متحد، معاهدات بین دولت ها، میثاق های بین المللی که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه جهانی حقوق بشر را رعایت می کند». آنچه باقی می ماند این است که آیا این منابع متنوع حقوق، قانون اساسی را با تعارض مواجه می کند و آیا ستره محکمه قادر خواهد بود که اختلاف ها و تعارض ها را به نحو مؤثری حل کند.^{۳۱} با توجه به نظام قضائی، ماده ۱۳۰ مقرر می دارد:

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

این استناد به اسلام نسبت به قانون اساسی ۱۹۶۴ حیطة وسیع تری را در بر می گیرد که تنها رعایت «اصول و موازین اساسی» فقه حنفی را شرط کرده بود. قانون اساسی ۲۰۰۴، سنت مقرر در ۱۹۶۴ را با تقدم قوانین موضوعه استمرار داده است، اما باید توجه داشت که بیشتر قوانین مدنی و جزائی افغانستان مبتنی بر شریعت اند. تنها قوانین مرتبط به موضوعات جدید مانند سازمان شاروالی، روابط کار، صنعت، و بازرگانی توسط قوانین موضوعه جعل و تصویب می شوند.^{۳۲}

29.M.H. Kamali, "Afghanistan's Constitution 2004: An Islamic Perspective on Interpretation" USIP paper (2008) 5.

30.Kamali (n 27) 9.

31.Lau (n19) 918.

32.M.H. Kamali, "References to Islam and Women in Afghan Constitution" (2006) 22 Arab Law Quarterly 270, 293.

ب) حقوق بشر و نقش کنوانسیون‌های بین‌المللی

احترام به اعلامیه جهانی حقوق بشر، اصلی محوری در قانون اساسی ۲۰۰۴ است. به این دلیل که در قانون اساسی به معاهدات بین‌المللی از جمله اعلامیه جهانی حقوق بشر به عنوان منبع قانون استناد شده است (ماده ۷). با توجه به سوءاستفاده و نقض حقوق بشر در سال‌های ۱۹۹۶ تا ۲۰۰۱ در رژیم طالبان، این اشاره صریح یکی از دغدغه‌های طراحان قانون اساسی موجود بود.^{۳۳} اشاره به اعلامیه جهانی حقوق بشر در مقدمه و ماده ۷ قانون اساسی که منحصر به قانون اساسی افغانستان است، این کشور را در مسیر پیشرفت نشان می‌دهد، مشروط به این که در واقع احکام مندرج قانون اساسی در عمل تطبیق شوند. مضافاً، ماده ۵۸، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان را ایجاد کرده است که شکایات اشخاصی را که احساس می‌کنند حقوقشان مورد سوءاستفاده و نقض قرار گرفته است، استماع می‌کند. تنها مسأله‌ای که میان منتقدان مایه نگرانی محسوب می‌شود، عبارت است از پذیرش همزمان معیارهای حقوق بشر بین‌المللی و تفوق بیان شده برای حقوق شرعی. چگونگی حل تعارض میان این دو، سنگ محکی برای شایستگی دولت و قوه قضائیه است.^{۳۴}

فصل دوم قانون اساسی، حقوق اساسی و وجایب اتباع را بیان می‌کند. افغانستان بیشتر حقوق مصرّح در اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق حقوق مدنی و سیاسی، و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را اعمال کرده است. به عنوان نمونه، ماده ۲۲ در تناسب کامل با ماده ۲ اعلامیه جهانی حاکمی از آن است که: «هر نوع تبعیض و امتیاز بین اتباع افغانستان ممنوع است. اتباع افغانستان اعم از زن و مرد در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی هستند». این مقرر، یادآور مقررۀ مشابه در قانون اساسی ایران است؛ گرچه در آنجا عبارت «در انطباق با موازین اسلامی» افزوده شده است.^{۳۵}

33. William Maley, *The Afghanistan Wars* (Palgrave Macmillan, London 2002) 236.

34. S. Mahmoudi, "The Shari'a in the New Afghan Constitution: Contradiction or Compliment" (2004) 64 *ZaöRV* 867, 873-874.

35. Mahmoudi (n 32) 874-875.

یکم. حقوق زنان

مسئله حقوق زنان در حقوق اسلامی، مسئله‌ای قابل توجه است، عمدتاً هم به دلیل تفاوت‌هایی که میان این حقوق با فرهنگ و هنجارهای غربی در خصوص نقش جنسیت و حقوق فردی وجود دارد. همانند بیشتر جوامع غربی، دست کم از جهت نظری، [در اسلام] حقوقی یکسان برای زنان و مردان لحاظ نشده است؛ بلکه، جایگاه زنان و مردان «برابر است ولی نه یکسان». تفاوت میان دو جنس خود را در حقوق خانواده، قواعد و مقررات اقتصادی و آیین دادرسی یا اصول محاکمات نشان می‌دهد. اخیراً، به خاطر این تفاوت‌ها و تعارض‌ها، [اعضای مجمع] جهان اسلام گرد هم آمدند تا اعلامیه خاص خود را درباره حقوق بشر بنویسند. اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام، تلاش دارد تا مجموعه‌ای از هنجارها و ارزش‌های اسلامی را در این حیطه بنا کند. گرچه این اعلامیه، یک معاهده الزام‌آور بین‌المللی نیست. اعلامیه قاهره تصریح می‌کند که «از منظر حیثیت انسانی، زن با مرد برابر است و به همان اندازه که زن وظایفی دارد، از حقوقی نیز برخوردار است و دارای شخصیت مدنی و ذمه مالی مستقل بوده و حق حفظ نام و نسب خویش را دارد» (بخش الف، ماده ۶).

قانون اساسی افغانستان در زمینه مسائل مربوط به تبعیض و نقش زنان در حکومت بسیار مترقی است. حصه‌ها و سهم‌های [تعیین‌شده]، سطحی حداقلی را از مشارکت زنان تضمین می‌کند. مطابق مواد ۲۱ و ۲۲، زنان و مردان در برابر قانون مساوی‌اند و حقوق و وجایب یکسان دارند. در شرایط انتخابات ریاست‌جمهوری تصریح شده است که رئیس‌جمهور می‌تواند مرد یا زن باشد که برای یک کشور اسلامی دستاوردی بی‌سابقه است (ماده ۶۰).

واقعیت، دست‌کم در ارتباط با مشارکت زنان در حکومت، همپای نظریه قانون اساسی پیش‌رفته است. زنان در همه مراحل تدوین قانون اساسی از جمله نگارش آن حضور داشتند. زنان با داشتن هشت عضو در میان سی و پنج عضو کمیسیون بازنگری قانون اساسی و صد عضو در لوی جرگه، به نحو موفقیت‌آمیزی در اغلب موارد با زبانی قوی حافظ حقوق زنان بودند.^{۳۶} پس از انتخابات ۲۰۰۵، زنان موفق شدند با توجه به سهمیه‌ها ۶۸ کرسی از

۲۴۹ کرسی ولسی جرگه را تصاحب کنند، گرچه ۱۷ نفر هم می‌توانستند حتی بدون سهمیه انتخابات را در ناحیه خود پیروز شوند. ۱۲۱ نفر از ۴۲۰ عضو شوراهای ولایات، و ۴۱.۶ درصد از رأی‌دهندگان به‌ثبت‌رسیده، هم زن بودند.^{۳۷} دستورالعمل‌ها راجع به انتصابات آن بخش از مشرانو جرگه که از سوی رئیس‌جمهور انجام می‌شود، متضمن این است که دست‌کم یک‌ششم اعضای مجلس علیا باید از زنان باشند.^{۳۸} با وجود این، برخی از موانع پیشرفت بیشتر که به سرعت و به سادگی هم قابل تغییر نیستند - به ویژه آوارگی بسیاری از افغان‌های تحصیل‌کرده و نیز فقدان فرصت‌های تحصیلی برای زنانی که در داخل کشور زندگی می‌کنند - مشکلاتی را در دسترسی به زنان توانمندتر برای مناصب و موقعیت‌هایی که باید اشغال شوند، به وجود می‌آورد.^{۳۹}

در حالی که مقررات، تبعیض مبتنی بر جنسیت را منع می‌کند و زنان را در برابر قانون و سازمان‌های حکومتی برابر می‌داند، حقوق مدنی و حقوق خانواده [در افغانستان] چنین معنایی را از برابری بازتاب نمی‌دهد. به سبب انزوا در سال‌های اشغال توسط شوروی، افغانستان متعاقباً از حوزه نفوذ غرب خارج شد و بنابراین اصلاحات انجام‌شده در حقوق خانواده در نیمه قرن بیستم در خاورمیانه، شمال آفریقا و پاکستان در افغانستان روی نداد.^{۴۰} قبیله‌گرایی بیشترین تأثیر منفی را بر حقوق زنان می‌گذارد. احیای قبیله‌گرایی به معنای بازگشت به جریانی است که مبتنی بر سنت اسلامی نیست و برای زنان تبعات زیان‌بار در بردارد. عنعنات قبیله‌ای در زمینه ارث، ازدواج کودکان، ازدواج اجباری، و قیمومت با شریعت ناسازگار است. ماده ۵۴ قانون اساسی تا حدودی به این موضوع اشاره دارد: «دولت باید به منظور تأمین سلامت جسمی و روحی خانواده، بالاخص طفل و مادر، تربیت اطفال ... و برای از بین بردن رسوم مغایر با احکام دین مقدس اسلام، تدابیر لازم را اتخاذ کند».^{۴۱}

37. For details, see: The Website of the Joint Electoral Monitoring Body, <http://jembo.org>.

38. Kamali (n 30) 301.

39. Kamali (n 30) 302.

40. Kamali (n 30) 274.

41. Kamali (n 30) 299-300.

قانون اساسی باید منظور خود را در رابطه با نمونه‌های نابرابری جنسیتی دقیق‌تر بیان کند و تدابیر و اقداماتی را برای اعمال آنها به کار ببندد. در طول دهه‌های گذشته، هیچ تلاش مؤثری برای اعمال اصول و قواعد علیه تبعیض وجود نداشته است. بنابراین، کمالی پیشنهاد می‌کند که در هر بخشی از حکومت کمپینی به راه افتد که علیه تبعیض در همان حوزه نفوذ مقابله کند. افزون بر آن، به دلیل فقدان فرصت‌های تحصیلی، فقر، و مشکلات امنیتی، پیشرفت در حوزه‌های عدالت و برابری با مانع مواجه شده است. بنابراین، بازسازی اقتصادی و کاهش فقر، گام‌هایی ضروری برای دستیابی به برابری جنسیتی بیشتر محسوب می‌شود.^{۴۲} وانگهی، مجموعه قوانین مدنی دهه‌های قبل باید بازبینی شوند تا تعهدات قانونی جدید را در خصوص مسائل زنان مطروحه در قانون اساسی منعکس کند.^{۴۳}

دوم. حقوق اقلیت‌های مذهبی

گرچه اسلام، دین رسمی کشور است، ماده ۲ قانون اساسی به پیروان سایر مذاهب، آزادی عمل بر اساس مذهب خود اعطا کرده است: «دین دولت جمهوری اسلامی افغانستان، دین مقدس اسلام است. پیروان سایر ادیان در پیروی از دین و اجرای مراسم دینی‌شان در حدود احکام قانون، آزاد هستند». تفاوتی میان فرق مختلف اسلامی نیست؛ از نظر به رسمیت شناخته شدن توسط حقوق بشر جهانی، هیچ گروهی بر گروه دیگر برتری ندارد.^{۴۴} با این اوصاف، آزادی مذهب محدود است به سایر قوانینی که هر نوع نقض اصول اسلامی را ابطال می‌کند. موضوع حل‌نشده دیگر این است که آیا کودکان خانواده‌های غیرمسلمان باید در مدارس اسلامی شرکت کنند یا این که گروه‌های اقلیت می‌توانند مدارس خاص خود را تأسیس کنند.^{۴۵}

شیعیان در این قانون اساسی مورد غفلت قرار نگرفته‌اند. قانون اساسی ۲۰۰۴، نخستین

42. Kamali (n 30) 302-303.

43. Kamali (n 30) 306.

44. Mahmoudi (n 32) 870.

45. Kamali (n 30) 285.

قانونی است که به فقه شیعه توجه کرده است.^{۴۶} خصوصاً در پرونده‌های احوال شخصیه که هر دو طرف اختلاف شیعه هستند، قاضی باید احکام فقه شیعه را با مفاد قانون تطبیق دهد (ماده ۱۳۱).^{۴۷} قانون جدید خانواده در شیعه، در مارس ۲۰۰۹^{۴۸} توسط رئیس‌جمهور توشیح شد که مناقشه و انتقادهای بین‌المللی را برانگیخت، چرا که برخی از مواد آن اصول حقوق بشر را نقض می‌کرد. بر اساس دستور بازنگری صادره توسط رئیس‌جمهور، بیشتر مقررات مناقشه‌برانگیز آن حذف و اصلاح شد. با این حال در آن، هنوز مقررات دیگری به جهت تعارض با اصول حقوق بشر که اخیراً به چشم آمده‌اند، وجود دارد.

۴. مسئله تفسیر قانون اساسی

الف) صلاحیت تفسیر قانون اساسی

یکم. نقش تاریخی ستره‌محکمه و سایر نهادهای تفسیرکننده

در قانون اساسی که در دوره پادشاه امان‌الله (۱۹۲۳-۱۹۲۹) اعمال می‌شد، تفسیر قانون اساسی به شورایی دولتی، مرکب از اعضای انتخابی و انتصابی واگذار شده بود. مطابق ماده ۷۱ قانون اساسی، هر سؤالی در مورد تفسیر قانون اساسی و سایر قوانین باید به شورای دولتی که یک نقش حاکمیتی داشت، ارجاع می‌شد. در مقابل، قانون اساسی مصوب در دوره ظاهرشاه در ۱۹۶۴ هیچ مقرره مستقیمی در این مورد نداشت. در آن زمان بحث بود که آیا تفسیر قانون اساسی یک موضوع قضائی است یا خیر. در صورت قضائی بودن، با استناد به مرجعیت ستره‌محکمه در «مسائل قضائی حکومت» مندرج ماده ۱۰۷، صلاحیت این محکمه برای تفسیر قانون اساسی قابل فهم بود، آن هم وقتی مسئله مورد بحث بر اصول قانون اساسی بنا شده بود.

قانون اساسی ۱۹۷۶ (۱۳۵۵)، که در دوره ریاست محمد داوود تصویب شد به صراحت وظیفه تفسیر قانون اساسی را به ستره‌محکمه می‌داد، در حالی که قانون اساسی ۱۹۷۷

46. Kamali (n 30) 291.

47. Mahmoudi (n 32) 871.

48. Official Gazette of 27 July 2009 (Gazette 988).

(۱۳۵۹) دوره حکومت کمونیستی ببرک کارمل، تفسیر «قانون» را به هیئت رئیسه شورای انقلاب داد. واژه «قانون» نیز به اندازه کافی وسیع بود که قانون اساسی را هم در بر بگیرد. سرانجام قانون اساسی منتشره در دوره نجیب‌الله در ۱۹۸۶، زمینه را برای تأسیس یک شورای قانون اساسی فراهم کرد که صلاحیت بازبینی و انطباق قوانین، فرامین تقنینی و معاهدات بین‌المللی با قانون اساسی را داشت؛ نهادی که در قانون اساسی بعدی ۱۹۸۷ هم باقی ماند. با این حال، ماده ۱۲۴ قانون اساسی ۱۹۸۷ روشن ساخت که شورا، حاکمیت الزام‌آوری بر موضوعات و مسائل مربوط به قانون اساسی ندارد؛ کارکرد آن صرفاً ارائه توصیه و مشورت به رئیس‌جمهور بود و اتخاذ تصمیم نهایی نیز به رئیس حکومت محول شده بود.

دوم. نقش ستره‌محکمه به موجب قانون اساسی ۲۰۰۴

قانون اساسی ۲۰۰۴ در ماده ۱۲۱ مقرر می‌دارد که ستره‌محکمه بنا بر تقاضای حکومت یا محاکم، صلاحیت انطباق قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین‌الدولی، و میثاق‌های بین‌المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها مطابق با احکام قانون را برعهده دارد. پیش‌نویس قانون اساسی، در اصل، متضمن مقرره‌ای درباره دادگاه قانون اساسی بود که صلاحیت انطباق قوانین، فرامین تقنینی و معاهدات بین‌الدولی با قانون اساسی و نیز تفسیر قانون اساسی، قوانین و فرامین تقنینی را برعهده داشت.^{۴۹} اما در نهایت از طرحی که برای لوی جرگه فرستاده شد، مقررات ناظر به بررسی انطباق با قانون اساسی و تفسیر قوانین با هم در یک بخش گنجانده شد؛ بدون توجه به اینکه ممکن است ابهام بالقوه‌ای در این زمینه ایجاد کند.

در سال‌های گذشته مناقشه شدیدی در این مورد آغاز شد که آیا ستره‌محکمه می‌تواند قانون اساسی را تفسیر کند، بدون اینکه قانون، فرمان تقنینی یا معاهده بین‌الدولی یا میثاق بین‌المللی موضوع بحث باشد. این مسئله زمانی روی می‌دهد که از ستره‌محکمه خواسته شود که هر یک از اقدامات قوه تقنینی یا اجرایی را غیر از آنچه در ماده ۱۲۱ مقرر شده است، با قانون اساسی انطباق دهد. ستره‌محکمه بر این عقیده است که به‌طور ذاتی صلاحیت

تفسیر قانون اساسی را دارد و تدوین کنندگان قانون اساسی نیز چنین چیزی را مد نظر داشتند. در ۲۰۰۸، ستره محکمه پیشنهاد کرد که وضعیت حقوقی موضوع با اصلاح ماده ۲۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم ۲۰۰۵ به شرح زیر روشن شود:

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

۱. بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی و معاهدات بین الدول و میثاق‌های بین‌المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها بر اساس تقاضای حکومت یا محاکم طبق قانون.

۲. پیشنهاد طرح قانون در ساحة تنظیم امور قضائی به شورای ملی از طریق حکومت.

۳. تجدیدنظر بر فیصله‌های محاکم به سبب ظهور دلایل جدید بر اساس اعتراض لوی سارنوال یا طرف دعوی طبق احوال پیش‌بینی شده در قوانین مربوط.

۴. حل تنازع صلاحیت محاکم و تفویض صلاحیت رسیدگی قضیه از یک محکمه به محکمه دیگر بر اساس تقاضای لوی سارنوال یا طرف دعوی در حال موجودیت دلایل موجه.

با وجود این، شورای ملی این طرح را رد کرد. اعضای پارلمان مدعی بودند که عبارات ماده ۱۲۱ محدود و مشخص است و صلاحیت‌های اضافی را نمی‌توان از قانون اساسی برداشت کرد. به جای آن، تلاش کردند که برخی از صلاحیت‌های بررسی انطباق با قانون اساسی را به کمیسیون مستقل نظارت بر اجرای قانون اساسی که در اصل ۱۵۷ قانون اساسی پیش‌بینی شده است، واگذار نمایند.

دیدگاه اکثریت پارلمان که ستره محکمه حق تفسیر خود قانون اساسی را ندارد، توسط

حکومت و بسیاری دیگر پذیرفته نشده است. در واقع دشوار است که بپذیریم تدوین‌کنندگان قانون اساسی که حدود دو سال برای تقویت و توسعه یک قانون اساسی مدرن وقت صرف کردند تا همه موضوعات را مورد رسیدگی قرار دهند، چنین موضوع مهمی را نادیده گرفته و یک خلاء عظیم در قانون اساسی را رها کرده باشند.

عبارت «بنا به درخواست حکومت یا محاکم» هم در ماده ۱۲۱ قانون اساسی و هم در اصلاحیه قانون تشکیلات محاکم نیز به شدت محل اختلافند. به احتمال زیاد واژه «محاکم» تنها به محاکم پایین اشاره دارد و نه به حق قانونی ستره‌محکمه که به دلخواه خود مسائل راجع به قانون اساسی را طرح نماید. اگر ستره‌محکمه قادر به طرح موضوعات به واسطه موقعیت و جایگاه خود باشد، می‌تواند قبل از بروز اختلاف در نقش مشورتی ظاهر شود که این امر به نحو مؤثری اختیار قوه مجریه را در ارجاع دعاوی کاهش می‌دهد.

به نظر می‌رسد پارلمان هیچ موردی را تحت عنوان «حکومت» که آشکارا به قوه مجریه اشاره دارد، به ستره‌محکمه ارجاع نداده باشد. افزون بر آن، روشن نیست که آیا نظریه‌های مشورتی ستره‌محکمه الزام‌آور است یا نه. تصمیم غیرالزام‌آور فراموش می‌شود؛ چنین چیزی صرفاً در مورد مسائل مربوط به تفسیر اسلام قابل‌پذیرش است، مشروط بر اینکه مرجعی که نظر می‌دهد به طور کامل مورد قبول و احترام باشد. مشخص نیست که اگر قانونی به موجب حکم الزام‌آور ستره‌محکمه مغایر قانون اساسی تشخیص داده شود، آیا بلا اجرا می‌ماند، به حال تعلیق در می‌آید و یا نسخ می‌شود.^{۵۰}

با همه اینها، مسئله واضح این است که فقدان یک مسیر پذیرفته‌شده توسط همگان جهت حل و فصل اختلافات راجع به قانون اساسی، نظام مشروطه افغانستان را به یک بُن‌بست خطرناک کشانده است. چنانچه نظر شورای ملی و عواقب آن را به طور جدی بپذیریم، اگر نگوئیم همه، بیشتر تصمیمات ستره‌محکمه باطل و بلااثر خواهد بود. بدین معنا، سه وزیری که بر اساس تفسیر ستره‌محکمه در مقام وزارتشان باقی ماندند، باید از کار برکنار شوند. احتمالاً، تصمیمات متخذه توسط ایشان در طول دو سال گذشته نیز باید غیرقانونی تلقی

شوند. این موضوع مخصوصاً در مورد وزیر امور خارجه که از طرف دولت در امور بین‌المللی اقدام می‌کند، بسیار مسئله‌ساز خواهد شد.^{۵۱} حتی مجلس علیای شورای ملی که در مرحله آخر بر اساس تفسیر ستره‌محکمه تشکیل شده بود، احتمالاً باید منحل شود. این عواقب احتمالی نشان می‌دهد که اگر اختلافات فراوان بر سر صلاحیت ستره‌محکمه در درون نظام یا از طریق اصلاحات حل و فصل نشوند، کلیت حکومت به خطر می‌افتد.

سوم. نقش احتمالی کمیسیون نظارت (ماده ۱۵۷)

در کنار ستره‌محکمه، قانون اساسی افغانستان در ماده ۱۵۷ کمیسیون نظارت را پیش‌بینی کرده است که اعضای آن از طرف رئیس‌جمهور و با تأیید ولسی جرگه منصوب می‌شوند. پیشنهاد قانونی خاصی در این مورد در ۱۴ آوریل ۲۰۰۷ به تصویب شورای ملی رسید. رئیس‌جمهور در آغاز با این اعتقاد که بخش اول ماده ۸ این مسوده، مغایر مواد ۱۲۱، ۱۲۲ و ۱۵۷ قانون اساسی است، از امضای آن خودداری کرد. ماده ۸ قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، از جمله، مقرر می‌کرد که کمیسیون صلاحیت دارد قانون اساسی را بنا بر درخواست رئیس‌جمهور، شورای ملی، ستره‌محکمه و حکومت تفسیر کند. وزیر دولت در امور پارلمانی در نامه‌ای خطاب به ریاست ولسی جرگه از طرف حکومت استدلال کرد که به استناد ماده ۱۲۱ قانون اساسی، تنها مرجع تفسیر قانون اساسی ستره‌محکمه است. او سپس خاطرنشان کرد که مطابق ماده ۱۲۲، هیچ قانونی نمی‌تواند قضیه یا ساحه‌ای را از دایره صلاحیت قوه قضائیه خارج بسازد و به مقام دیگر تفویض کند. همچنین، طبق ماده ۱۵۷ قانون اساسی، کمیسیون، صرفاً نقشی نظارتی بر تطبیق قانون اساسی دارد. او نتیجه گرفت که هدف ماده ۱۵۷ از ایجاد نهاد مزبور، به هیچ وجه تفسیر یا توضیح قانون اساسی یا قوانین دیگر نبوده است.

علی‌رغم اینها، شورای ملی و توی رئیس‌جمهور را بی‌اثر نمود و قانون مذکور را بار دیگر با دوسوم آراء در ۱۸ آگوست ۲۰۰۸ تصویب کرد. در واکنش، رئیس‌جمهور در ۹ مارس

۵۱. نویسنده محترم در صفحات آتی به تفصیل در این خصوص توضیح خواهد داد [مترجم].

۲۰۰۹، قانون راجع به کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی را جهت انطباق با قانون اساسی به ستره محکمه ارجاع داد. ستره محکمه نیز چندین مقرر از این قانون را خلاف قانون اساسی دانست. اول، ستره محکمه با استناد به منطوق قانون اساسی اظهار داشت که «نظارت» بر تطبیق، مشتمل بر تفسیر آن و اتخاذ تصمیم در دعاوی راجع به قانون اساسی نمی شود. دوم، ستره محکمه بسیار مشابه با بیان وزیر دولت در امور پارلمانی، استدلال کرد که بخش ۲ ماده ۸ قانون که به کمیسیون صلاحیت تفسیر قانون اساسی را می دهد، مغایر با ماده ۱۲۱ قانون اساسی است که تنها به ستره محکمه، صلاحیت تفسیر قانون اساسی را داده است. محدود کردن قضاوت راجع به قانون اساسی به ستره محکمه به نظر معقول می رسد، زیرا تنها تصمیم های محکمه می توانند لازم الاجرا باشند و نه دیدگاه های کمیسیون. دلیل سوم و مهم تر ستره محکمه، مربوط به بخش ۴ ماده ۸ قانون است که مقرر می کرد «کمیسیون، حق مطالعه قوانین نافذ با غرض دریافت تناقضات آن با قانون اساسی و ارائه آن به رئیس جمهور و شورای ملی به منظور اتخاذ تدابیر لازم جهت رفع آنها» را دارد. ستره محکمه بیان داشت که این مقرر با ماده ۱۲۱ قانون اساسی که به صراحت صلاحیت انطباق قوانین، فرامین تقنینی و معاهدات بین الدولی با قانون اساسی را به ستره محکمه می دهد، سازگاری ندارد. استدلال دیگر ستره محکمه مربوط به شرایط پذیرش و ردّ اعضای کمیسیون مزبور بود.

دلایل تاریخی، پشتیبان تصمیم ستره محکمه است. در طرح اخیراً نوشته شده توسط کمیسیون تدوین قانون اساسی، یک محکمه مستقل قانون اساسی پیش بینی شده بود که در کنار سایر مسائل، وظیفه تفسیر قانون اساسی را هم برعهده داشت. با وجود این، این نگرانی وجود داشت که محکمه قانون اساسی ممکن است شبیه شورای نگهبان قانون اساسی در ایران عمل کند. هر قانونی که توسط پارلمان ایران - مجلس شورای اسلامی - تصویب می شود باید جهت انطباق با قانون اساسی و شرع، به تأیید شورای نگهبان هم برسد. برخلاف مقرر افغانستان که «در افغانستان هیچ قانونی نمی تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد» (ماده ۳ قانون اساسی افغانستان)، قوانین جزائی و مدنی ایران مستقیماً بر فقه جعفری، مذهب رایج در ایران بنا شده اند و مشابه آن، قوانین عربستان سعودی نیز از فقه حنبلی اقتباس

شده‌اند.^{۵۲} تصادفاً، زمانی که قانون اساسی افغانستان در مرحله نهایی تصویب قرار داشت، میان حکومت ایران و شورای نگهبان قانون اساسی کشمکش‌هایی درگرفت. با این درک و دریافت که ستره محکمه ممکن است به شکل شورای نگهبان درآید، تدوین‌کنندگان قانون اساسی تصمیم گرفتند که وظایف پیش‌بینی شده برای محکمه قانون اساسی را به ستره محکمه انتقال دهند. افزون بر آن، پیشنهاد شد که کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی نیز ایجاد شود که این پیشنهاد توسط لوی جرگه به تصویب رسید.

رابطه میان ستره محکمه، با آن اختیار مبهم درباره قضاوت راجع به قانون اساسی (ماده ۱۲۱)، با کمیسیون نظارت، بیش از این در قانون اساسی شفاف‌سازی نشد، زیرا دومی به عنوان یک سازمان دولتی دائمی جا نیفتاد.^{۵۳} مهم است که زمان تصویب مقررات ناظر به کمیسیون را هم یادآور شویم. پیش‌نویس قانون اساسی در دوره انتقالی که دولت جدید افغانستان به آرامی در حال شکل‌گیری بود، تهیه و تصویب شد. بسیاری از نهادهای پیش‌بینی شده در قانون اساسی مانند شورای ملی، هنوز ایجاد نشده بودند. بنابراین، ممکن است فرض بر این بوده باشد که وظیفه مقرر برای کمیسیون نظارت، تنها نظارت بر تأسیس و تشکیل نهادهای دولتی در طول دوره انتقالی است. نه تدوین‌کنندگان قانون اساسی و نه اعضای لوی جرگه، قصد نداشتند که کمیسیون را برای تفسیر قانون اساسی یا قضاوت در مورد آن به وجود آورند. با این همه، کمیسیون نظارت در سال ۲۰۱۰ تشکیل گردید. به موجب ماده ۸ قانون تأسیس کمیسیون، وجایب کمیسیون عبارتند از: نظارت بر رعایت و تطبیق احکام قانون اساسی توسط رئیس‌جمهور، حکومت، شورای ملی، قوه قضائیه، ادارات، مؤسسات و سازمان‌های دولتی و غیردولتی؛ ارائه مشاوره‌های حقوقی در مورد مسائل ناشی از قانون اساسی به رئیس‌جمهوری و شورای ملی؛ ارائه پیشنهاد مشخص به رئیس‌جمهور و شورای ملی در زمینه اتخاذ تدابیر لازم به منظور انکشاف امور قانون‌گذاری در مواردی که قانون اساسی حکم نموده است؛ و

52. Mahmoudi (n 32) 868.

۵۳. با این حال، برخی از نویسندگان در زمان تصویب قانون اساسی، انتظارات و امیدهای خود را بیان کردند مبنی بر اینکه کمیسیون نظارت به نهاد موازنه‌کننده ستره محکمه بدل شود که هراس داشتند به دژ دائمی روحانیان محافظه‌کار تبدیل شود.
Arjomand (n 2) 960.

ارائه گزارش به رئیس جمهور در صورت ملاحظه تخطی یا تخلف از احکام مندرج قانون اساسی. کمیسیون در سال ۲۰۱۰، در خصوص انتخابات پارلمان تصمیم گرفت. با این همه، نقش آن در آینده و روابطش با ستره محکمه همچنان غیرشفاف باقی مانده است.

ب) تصمیم‌های اخیر ستره محکمه در خصوص قانون اساسی

اول. انتصاب اعضای نخستین مشرانو جرگه

زمانی که انتخابات پارلمانی در ۲۰۰۵ در حال برگزاری بود، عدم تشکیل شوراهای ولسوالی‌ها به عنوان یک مشکل بروز کرد. مطابق ماده ۸۴ قانون اساسی، این مسئله مهمی بود که یک سوم اعضای مشرانو جرگه یا مجلس بزرگان باید از شوراهای ولسوالی‌های ولایات انتخاب می‌شدند. از ستره محکمه در خصوص بخش ۲ ماده ۸۴ سؤال شد. محکمه مقرر کرد که با توجه به اینکه شوراهای ولسوالی‌های ولایات هنوز تشکیل نشده‌اند، دو نفر از شوراهای هر ولایت باید به انتخاب شورای مربوطه تعیین شوند و به این وسیله اعضای مشرانو جرگه انتخاب می‌شوند. محکمه همچنین اعلام نمود که اعضای شوراهای ولایات همانند کسانی که در زمان انتخابات مجلس توسط رأی‌دهندگان هر منطقه انتخاب شدند، به صورت دموکراتیک مشروعیت دارند. بر مبنای این تفسیر ستره محکمه از قانون اساسی، مشرانو جرگه تشکیل شد که متعاقباً توسط ولسی جرگه به تصویب رسید.

دوم. نصب وزرا مطابق ماده ۱۰۶

موضوع دیگر مربوط به نصب وزرا توسط ولسی جرگه مطابق ماده ۱۰۶ قانون اساسی بود که مقرر می‌داشت اعتبار تصمیم‌های متخذه توسط هر یک از دو مجلس منوط به تحقق حدّ نصاب هر یک از دو مجلس شورای ملی، هنگام رأی‌گیری با حضور اکثریت اعضا است و تصمیم‌های آن با شرکت اکثریت آرای اعضای حاضر اتخاذ می‌شود، مگر در مواردی که این قانون اساسی طور دیگری تصریح کرده باشد. در مورد بالا، دوازده نماینده رأی ممتنع دادند. با عدم احتساب آرای ممتنع، وزرا می‌توانستند رأی لازم را برای تأیید اخذ کنند. با احتساب دوازده رأی، نتیجه عکس این می‌شد. بحث‌های طولانی به نتیجه روشنی نینجامید و رئیس

ولسی جرگه تصمیم گرفت از رئیس جمهور درخواست نماید که موضوع را به استناد ماده ۱۲۱ قانون اساسی جهت بررسی و اعلام نظر به ستره محکمه ارجاع دهد. ستره محکمه، اصل ۱۰۶ را تفسیر کرد و تصمیم گرفت که تنها آرای «بله» یا «نه» را به حساب بیاورد.^{۵۴} تصمیم متخذه از طرف دفتر رئیس جمهور به شورای ملی فرستاده شد که مورد قبول قرار گرفت. در نتیجه تفسیر ستره محکمه، سه وزیر تأیید شدند.

از این قضیه می توان سه نتیجه گرفت: نخست، شورای ملی، ستره محکمه را به عنوان تنها مرجع تفسیر قانون اساسی پذیرفت و ابهام معنایی ماده ۱۲۱ قانون اساسی به خوبی برطرف شد؛ دوم، هنگام تعیین نتیجه بر مبنای آرای پارلمان، این روال جا افتاد که آرای ممتنع را به حساب نیاورند. [همچنین نشان داده شد که] با توجه به اینکه شورای ملی می تواند تجربه فوق را در موارد مشابه به کار ببندد، سردرگمی و اختلافات مسئله ساز درباره سایر مسائل مبهم نیز به شکل ساختاری قابل حل و فصل اند.

سوم. قضیه وزیر خارجه، سپنتا

ماده ۹۲ قانون اساسی به ولسی جرگه صلاحیت داد که بتواند از هر یک از وزرا استیضاح به عمل آورد و هرگاه توضیح ارائه شده قانع کننده نبود، موضوع رأی عدم اعتماد را بررسی کند. رأی عدم اعتماد از وزیر باید صریح، مستقیم و بر اساس دلایل موجه باشد. این رأی با توجه به اکثریت آرای کل اعضای ولسی جرگه صادر می گردد.

قضیه اخیر بر استیضاح وزیر امور خارجه، سپنتا، توسط شورای ملی متمرکز است که متهم شد اقدامات لازم را جهت جلوگیری از اخراج افغان ها از ایران به عمل نیاورده است. ولسی جرگه به او رأی عدم اعتماد داد. بعد از رأی گیری، دو ورقه رأی سفید در صندوق آراء پیدا شد. این دو رأی مباحث طولانی به وجود آورد، به گونه ای که اتخاذ تصمیم را با دشواری مواجه می کرد؛ اگر این دو ورقه سفید رأی در شمار آرا به حساب آورده نمی شد، نتیجه به سود سپنتا می شد. مجلس تصمیم گرفت برای بار دوم رأی گیری کند که نتیجه آن

^{۵۴} محکمه علاوه بر این مقرر کرد که حضور همه اعضای پارلمان برای آغاز رسیدگی، لازم نیست و برای رأی گیری، حضور بیش از نصف یعنی ۱۲۵ عضو، کافی است؛ و اینکه تصمیم ها با اکثریت ساده گرفته می شوند.

به ضرر وزیر خارجه از کار درآمد.

این که کدام توضیحات و دلایل مطابق ماده ۹۲ قانون اساسی «قانع کننده» است، باز هم مورد اختلاف واقع شد. نهایتاً، اکثریت ولسی جرگه نظر دادند که ناتوانی سیاسی مطروحه درباره وزیر خارجه به اندازه کافی قانع کننده است.

با اینکه دولت نتیجه دور اول رأی گیری را می پذیرفت، تصمیم ولسی جرگه برای رأی گیری برای بار دوم را نپذیرفت و بنابراین نتیجه مرحله دوم را خلاف قانون اساسی می دانست. رئیس جمهور کرسی موضوع را جهت اتخاذ تصمیم راجع به رأی گیری دور دوم ولسی جرگه به ستره محکمه ارجاع داد. ستره محکمه در تصمیم خود بر عبارت «توضیحات قانع کننده» مندرج ماده ۹۲ قانون اساسی متمرکز شد و حکم داد که اقدامات وزیر خارجه قبل از اخراج مهاجران افغان از ایران، با توجه به ماده ۹۲، توضیحات و ادله قانع کننده ای برای کنار گذاشتن وی از این سمت به دست نمی دهد. زیرا که سیاست ایران در قبال مهاجران از کنترل وزیر خارج است. بنابراین، رأی عدم اعتماد را خلاف قانون اساسی دانست.^{۵۵}

گرچه مواد ۹۲ و ۹۳ راجع به عدم اعتماد است ولی در مورد نتایج این رأی صراحت به خرج نمی دهد. این که آیا وزیر بازخواست شده باید باقی بماند یا این که کنار گذاشته شود، موضوع روشنی نیست. مسئله دیگر به اختیارات رئیس جمهور مربوط است: آیا رأی عدم اعتماد ولسی جرگه، یک اقدام تقنینی از سوی شورای ملی محسوب می شود؟ اگر این گونه باشد، رئیس جمهور با ارجاع موضوع به ستره محکمه جهت بررسی انطباق موضوع با قانون اساسی، به وظیفه قانونی خود عمل می کند. مطابق تفسیر محمد هاشم کمالی از نظریه قانون اساسی اسلامی، رئیس جمهور بر سه بخش حکومت ریاست دارد. با این حال، با توجه به وضعیت مردم در حال حاضر، عدم اعتماد عمومی به مقامات رسمی، اتهامات راجع به فساد، شرایط امنیتی بی ثبات، فقر، و بیکاری، «قانون گرایی تحت الشعاع نگرانی های در خصوص حکومت واحد و مؤثر در کشور قرار گرفته است.» کمالی باور دارد که سایر گزینه ها بسیار

55. See R. Moschtaghi, "Aktuelle Probleme Beim Rechtsstaatsaufbau in Afghanistan- Das Gutachten des Obersten Gerichtshofes zum Misstrauensantrag des Unterhauses gegen den Ausseeminister" (2008) 68 ZaöRV 509-540.

بهتر از اینها می‌توانند مسائل را حل و فصل کنند؛ بدون ایجاد اختلاف میان قوه مجریه و ولسی جرگه و بدون لطمه زدن به ثبات و یکپارچگی حکومت و قانون اساسی.^{۵۶}

۵. نتیجه‌گیری

قانون اساسی منتشره در سال ۲۰۰۴، یکی از پیشرفته‌ترین و مدرن‌ترین قوانین اساسی جهان اسلام است. [در این قانون،] حقوق اسلامی به عنوان یک منبع حقوقی به رسمیت شناخته شد، اما نه در تعارض با مقررات قانون اساسی، قوانین، و نیز میثاق‌های بین‌المللی که حقوق افغانستان را تشکیل می‌دهد. قانون اساسی به حقوق اسلامی نسبت به سایر منابع حقوقی برتری و تفوق داده است. با این حال، دولت نوپای افغانستان در سال‌های اخیر به صورت قابل ملاحظه‌ای تحت تأثیر ملل غربی که به پیشرفت این دولت علاقمند است، قرار داشته و به عنوان نمونه، اعلامیه جهانی حقوق بشر را پذیرفته است. حقوق اسلامی و حقوق سکولار، در خصوص حقوق زنان و حقوق اقلیت‌های مذهبی با هم اختلاف دارند. محاکم هنگام استفاده از حقوق اسلامی برای تفسیر قوانین، می‌توانند یا موضع لیبرال داشته باشند یا بنیادگرایانه. لذا همه تصمیم‌های محاکم، مطابق قانون اساسی نیست. استمرار اعتماد بسیاری از شهروندان روستایی به جرگه‌های محلی که قوانین عرفی قبیله‌ای را آن‌هم اغلب به زیان حقوق مورد حمایت شرع اجرا می‌کنند، مانع تطبیق عملی اصول قانون اساسی شده است.

در عمل، تفسیر قانون اساسی با مشکلات قابل ملاحظه‌ای مواجه شده است. جدای از این که تقابل میان حقوق اسلامی و حقوق سکولار باید حل و فصل شود، تفکیک قوا میان حکومت، شورای ملی و ستره محکمه نیز باید شفاف شود. متأسفانه، اقتدار و صلاحیت ستره محکمه برای اتخاذ تصمیم‌های الزام‌آور در مورد مسائل قانون اساسی مورد اختلاف واقع شده است. اینکه آیا ستره محکمه می‌تواند اقدامات حکومت را بررسی نماید، هنوز مورد توافق قرار نگرفته است. روال اقدامات، تا کنون اصول راهنمای مورد توافقی را به وجود نیاورده است. اگر شورای ملی و حکومت نتوانند با هم کار کنند و اختلافات خود را در این زمینه

حل و فصل کنند، حکومت مرکزی قدرت تطبیق اصول قانون اساسی و حاکمیت قانون را نخواهد داشت. قوای مجریه و قضائیه حکومت باید گله‌ها و شکایات خود را کنار بگذارند و برای ایجاد توافق درباره ملاحظات مختلف راجع به قانون اساسی همکاری کنند و در راستای اصلاح قانون اساسی کار کنند.

وضعیت کنونی در افغانستان نشان می‌دهد که یک قوه قضائیه مستقل و بی‌طرف تا چه حد برای تفسیر عادلانه قانون اساسی اهمیت دارد و چگونه تمایلات سیاسی و رویکردهای متعصبانه می‌تواند به شکل نامناسبی فرآیند قضائی بی‌طرفانه را با مشکل مواجه کند. تأسیس یک نظام کارآمد قضاوت درباره قانون اساسی، گام اصلی به سمت امنیت، ثبات و حقوق مدنی مناسب‌تر در افغانستان است.