

رویکرد ارزیابی دوباره در مصاف با نظریه توازن

مهناز بیات کمیته‌ی *

مهدی بالوی **

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۱/۲۹

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۰۴/۱۵

چکیده

با آنکه دو مفهوم حق و مصلحت از جمله عناصر کلیدی گفتمان سیاسی، اخلاقی و حقوقی اکثر کشورهای دنیا قلمداد می‌گردند، بروز حدی از تنش میان آنها به دلیل واقعیت تکثر ارزشی و تراجم ادعاهای متعارض، در عرصه عمل، امری گریزناپذیر جلوه‌گر می‌نماید.

از همین روی، نظریه‌پردازان حوزه فلسفه سیاسی و حقوقی مدرن کوشیده‌اند تا هر یک به سهم خویش راهکاری را برای حل این تنش مجادله‌آمیز ارائه نمایند. از این میان، برخی متفکرین از جمله مدافعان رویکرد ارزیابی دوباره بر اولویت ماهوی حقوق فردی بر منافع جمعی تأکید نموده و نظریه توازن ارزیابی شده را به مثابه جایگزین مناسبی برای نظریه توازن معرفی کرده‌اند. در این نوشتار تلاش خواهیم کرد تا پس از تبیین محتوای کلی رویکرد ارزیابی دوباره، ضمن توجه به رویه قضایی مبانی توجیهی آن را مورد بحث و بررسی قرار دهیم.

کلیدواژگان

حق، مصلحت عمومی، رویکرد ارزیابی دوباره، نظریه توازن ارزیابی شده، نظریه توازن.

* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

M_Bayat@sbu.ac.ir

** استادیار دانشکده حقوق پردیس فارابی - دانشگاه تهران.

مقدمه

حق که با گوهر ذاتی حیات انسانی یعنی کرامت ذاتی و فاعلیت اخلاقی افراد در ارتباط است، ادعایی است فردی که با پشتیبانی قدرت عالی سیاسی تأمین و تضمین می‌شود. در مقابل، مصلحت عمومی^۱ با آن جنبه از حیات انسانی مرتبط است که در پیوند تنگاتنگ با جمع و منافع جمعی قرار دارد.^۲

با وجود اهمیت نهاد حق برای حفاظت از کیان فردی و نهاد مصلحت برای پاسداری از حیات جمعی، بروز حدی از تنش و تعارض میان این دو ارزش مهم حیات انسانی، به دلیل واقعیت تکثر ارزشی و ادعاهای متعارض، در یک سو، و اعمال متزاحم به دلیل منابع محدود مادی، در دیگر سو، امری قطعی است و حتی به تعبیر برخی «ذاتی حیات جمعی انسان» می‌باشد.^۳ اما آیا به راستی صرف شناسایی واقعیت تعارض دائمی میان منافع فردی و مصالح جمعی کافی و بسنده است؟ پاسخ آشکارا منفی است. ضرورت جستجوی یک ادبیات سازگاری جدید میان حقوق و آزادی‌های فردی و منافع و مصالح جمعی امروزه به یکی از مهم‌ترین چالش‌های اندیشه سیاسی و حقوقی بدل گردیده^۴ و پالایش فلسفی و تحلیل نو به نوی آنها را موجب شده است.^۵

۱. برای آشنایی بیشتر با مفهوم و مصادیق مصلحت عمومی نگاه کنید به:

Barry, B., "The Public Interest", Political Philosophy, (ed.) A. Quinton, London: Oxford University Press, 1977, pp. 114-19 and Held, V., The Public and Individual Interest, New York: Basic Books, 1970, pp. 115-18. and Barry, B., "The Use and Abuse of the Public Interest", The Public Interest, (ed.) C.J. Friedrich, New York: Atherton press, 1967, pp 195-96.

۲. راسخ، محمد؛ "نظریه حق"، **حقوق بشر در جهان معاصر**، تهران، انتشارات کمیسیون حقوق بشر اسلامی، ۱۳۸۸، ص ص ۴۱۶-۳۸۴ و نیز راسخ، محمد و بیات کمیتکی، مهناز؛ "حق و مصلحت در ترازوی عدالت"، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۱، ش ۸، ص ص ۹۳-۱۱۵.

۳. لاگلین، مارتین؛ **مبانی حقوق عمومی**، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشر نی، ۱۳۸۸، ص ۲۱.

4. Teson, FR, 'Liberal Security', Human Rights in the War on Terror, (ed.) Ashby Wilson, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 57 and Luban, D., 'Eight Fallacies about Liberty and Security', Ibid, pp 242-45.

5. Luban, D. and Goldstone R., 'The Tension between Combating Terrorism and Protecting Civil Liberties', Ibid, pp 245-49.

در تلاش برای حل تنش موجود میان الزامات حمایت از حقوق فردی و اقتضائات حفاظت از منافع جمعی، نظام‌های فکری مختلف، راهکارهای گوناگونی را ارائه نموده‌اند. برخی از نظام‌های فکری و فلسفی از جمله قائلین به رویکرد ارزیابی دوباره ضمن ارائه نظریه توازن ارزیابی شده و جایگزین ساختن آن با نظریه توازن، حقوق فردی را به مثابه دلیل حاکم یا مرجع عملی^۱ در نظر گرفته و تأکید نموده‌اند قضات بایستی به هنگام برخورد با تعارض یک حق فردی با یکی از مصادیق مصلحت جمعی، حق‌ها را واجد ارزش و اهمیت بیشتر قلمداد کرده و بر منافع عمومی اولویت دهند.^۲ به اعتقاد این دسته از نویسندگان، «دیوار آتشی»^۳ وجود دارد که از حق‌ها در برابر مداخلات ناشی از سیاست عمومی محافظت می‌کند.^۴ در این صورت اگرچه ممکن است اجرا یا اعمال حق‌های بنیادین شهروندان، برای جامعه هزینه‌بردار باشد و با منافع جامعه جمع نشود، اما از آنجا که حق با گوهر انسانی فرد در ارتباط است، اجرای آن ضروری خواهد بود.^۵ بنابراین همان گونه که دورکین خاطر نشان می‌سازد اگرچه ما می‌پذیریم که یک هدف مشروع که به نحو عقلانی مورد پیگیری قرار گیرد، می‌تواند موجبات نقض یک منفعت کم‌اهمیت‌تر را فراهم نماید، اما در عین حال ما معتقد نیستیم که حق‌ها را می‌توان تنها بر مبنای «یک محاسبه عادی از هزینه‌ها و مزایا» نقض کرد. بر این اساس، اگرچه حق‌ها، مانع در نظر گرفتن تمامی مباحث مربوط به مصلحت عمومی نمی‌گردند، اما قطعاً برخی استفاده از قدرت دولتی را که در غیر این صورت می‌توانست معقول قلمداد شود، محدود می‌نمایند.^۶ این از آن رو است که حق‌ها، نشانگر آن دسته از منافع هستند که به نظر می‌رسد وجود آنها بسیار مهم و ضروری است، برای

1. Dworkin, R., "Taking Rights Seriously" in Taking Rights Seriously, Cambridge: Mass: Harvard University Press, 1977, p 191.

2. Meyerson, D., "Why Courts Should Not Balance Rights Against The Public Interest", Melbourne University Law Review, 2007, Vol. 31, p 810.

3. A Fire Wall.

4. Habermas, J., Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy, (ed.) William Regh, Cambridge: Polity Press, 1996, pp 258-59.

۵. هریسون، راس؛ "حکومت و اخلاق"، ترجمه و پیشگفتار محمد راسخ؛ حق و مصلحت؛ مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، تهران، انتشارات طرح نو، ۱۳۸۷، همان، ص ۷۹.

6. Dworkin, R., "Taking Rights Seriously" in Taking Rights Seriously, Cambridge: Mass: Harvard University Press, 1977, pp 191-92.

اینکه بتوانیم به عنوان اعضای کامل جامعه بشری شناخته شویم؛ جامعه‌ای که انتظار نداریم در آن افراد، خودشان را صرفاً به خاطر تأمین یک نفع کلی برای آن جامعه به عنوان یک کل، قربانی کنند. این امر، آنگونه که دورکین تلقی می‌کند، «بهای اجتماعی حق‌ها» است. بهای سنگینی که آن را می‌پردازیم، صرفاً به این خاطر که معتقدیم هر شخص به واسطه «انسانیت مشترک» او با دیگران شایسته و سزوار احترام است.^۱

بر مبنای این نظریه، محدود کردن یک حق، بایستی بسیار جدی‌تر از متورم نمودن آن تلقی گردیده و تنها وقتی که دلایلی مجاب‌کننده در اختیار باشد؛ دلایلی که با مبانی حق یاد شده سازگاراند، به محدودسازی حق مبادرت نمود. اینکه جامعه بایستی برای بسط و گسترش یک حق پذیرفته شده، قدری بیشتر هزینه پردازد، استدلال قانع‌کننده‌ای برای محدودساختن آن حق توسط حکومت نخواهد بود. با این همه در صورتی که حکومت نشان دهد که در صورت اعمال و اجرای آن حق، هزینه متحمل بر جامعه، صرفاً یک هزینه زیاد نبوده، بلکه آن قدر زیاد است که بسیار بیشتر از هزینه‌ای است که برای اعطای حق اولیه پرداخت شده، مجاز خواهد بود تا اعمال حق مزبور را به میزانی که برای دفع ضرر از جامعه لازم است، به طور موقت محدود سازد. بر این مبنا، حکومت بایستی به هنگام محدودسازی حق اطمینان حاصل کند که ضرر وارده بر جامعه در صورت اعمال و اجرای حق، بسیار «مهم، عمده و آشکار» خواهد بود.^۲

در این مقاله تلاش خواهیم کرد تا پس از تبیین محتوای کلی رویکرد ارزیابی دوباره، دلایل توجیهی مدافعان رویکرد مذکور در قیاس با نظریه توازن را بررسی نموده و ضمن اشاره به رویه قضایی مرتبط دلایل مزبور را مورد تجزیه و تحلیل قرار دهیم.

۱. محتوای کلی

مدافعان نظریه تقدم حق، با اعتقاد به ایده اصالت فرد و برتری حقوق فردی بر مصلحت عمومی، هدف اصلی اقدامات حکومتی را حفظ و تضمین حقوق و آزادی‌های شهروندان قلمداد نموده و

1. Ibid, p 198.

۲. دورکین، رونالد؛ «جدی گرفتن حق‌ها»، ترجمه محمد راسخ، حق و مصلحت، همان، ص ص ۴۸-۲۴۵.

قلمرو مصلحت عمومی را به همین کارکرد فروکاسته‌اند.^۱ به موجب این نظریه، افراد انسانی صاحب حق‌اند و حق‌های مزبور محدودیت مهمی را بر آنچه که دولت می‌تواند تحت عناوین مصلحت عمومی، امنیت ملی و کیان جامعه انجام دهد، وارد می‌کنند.

برخی از مدافعان نظریه تقدم حق، برای توضیح دیدگاه خویش در خصوص اولویت حقوق فردی نسبت به منافع جمعی به تمایزی که جوزف رز میان دو قسم یا دو نوع از استدلال عملی^۲ ایجاد نموده،^۳ استناد کرده و ادعا می‌کنند، به رغم آنکه رز خود این تمایز را در سیاق تعارض حقوق فردی و منافع جمعی به کار نبرده، می‌توان قابلیت اعمال آن را بر این موضوع به خوبی نشان داد.^۴ قسم اول از استدلال عملی آنگونه که رز توضیح می‌دهد، متضمن تعقیب آن چیزی است که بایستی در فرایند سنجش و توازن دلایل انجام گیرد. این یک واقعیت از زندگی روزمره ما است که دلایل ما برای انجام یک عمل یا اقدام به کاری، غالباً متعارض واقع می‌شوند. هنگامی که من تصمیم می‌گیرم که کاری را انجام بدهم یا از انجام آن خودداری نمایم - برای مثال رفتن یا نرفتن به سینما - تمامی انواع دلایلی که با این موضوع مرتبط می‌گردند، برخی به نفع رفتن به سینما و برخی علیه آن مدنظر قرار می‌گیرند. ما می‌توانیم تمامی این قسم دلایل را، دلایل مرتبه اول^۵ بنامیم. به طور معمول، ما به واسطه ارزیابی قدرت و قوت تمامی دلایل مرتبه اول و انجام اموری که توسط قوی‌ترین دلایل حمایت می‌شوند، عمل می‌نماییم. انجام چنین قضاوت همه‌جانبه‌ای،^۶ مراد رز از تعقیب آن چیزی است که بایستی بر مبنای توازن دلایل انجام پذیرد.^۷

۱. بودنهایم، ادگار؛ «درآمدی بر تئوری مصلحت عمومی»، ترجمه محمد راسخ، حق و مصلحت، همان، ص ۱۲۲.

2. The Practical Reasoning.

3. Raz, J., Practical Reason and Norms, Oxford: Clarendon Press, 1999, p 37.

4. Meyerson, D., Ibid.

5. The First-Order Reasons.

6. The all-things-considered Judgment.

7. Raz, J., Raz, J., Ibid, p 38.

به هر روی، آنگونه که رز خاطر نشان می‌سازد، گاهی مردم، شیوه متفاوتی از استدلال عملی^۱ را به کار می‌گیرند که متضمن تصمیم‌گیری درباره انجام آن چیزی است که بایستی بر مبنای دلایل مرتبه دوم^۲ تعیین گردد. رز، مثال سربازی را مطرح می‌کند که به او دستور داده شده تا کاری را انجام دهد که بر مبنای سنجش و توازن دلایل، قابل توجیه نمی‌داند. رز استدلال می‌کند که سرباز ممکن است دستور صادره را به‌مثابه دلیل حذفی یا طردکننده^۳ قلمداد نموده و بر اساس آن، تصمیم خود بر مبنای توازن دلایل را کنار بگذارد. رز ادعا می‌کند که این شیوه، اصالتاً شیوه‌ای متفاوت از استدلال عملی است.^۴

اگرچه دستور فرمانده خطاب به سرباز، یک دلیل مرتبه اول جدید را به نفع انجام آنچه به وی فرمان داده شده، در اختیار او می‌گذارد، اما سرباز، دستور افسر ارشد خویش را به سبب مقایسه دلیل جدید با دلایل مرتبه اول پیشین اجرا نمی‌کند. به عبارت دیگر، موضوع این نیست که سرباز به دستور عمل می‌کند، زیرا، وزن بیشتری به عنوان یک دلیل مرتبه اول برای آن قائل است، بلکه حتی اگر وی بر مبنای سنجش دلایل، وزن کمتری برای آن در نظر می‌گرفت، باز هم به آن دستور عمل می‌کرد، زیرا، دلایل مرتبه اول متعارض در مواجهه با دستور فرمانده از بررسی وی کنار گذاشته شده و دیگر دلیلی برای سنجش در برابر دلیل مرتبه اول جدید باقی نمانده است.^۵

رز این ترکیب دلیل مرتبه اول جدید و دلیل بازدارنده یا طردکننده را، دلیل حمایت‌شده^۶ می‌نامد.^۷ یک دلیل، زمانی حمایت‌شده قلمداد می‌شود که آنگونه که فلدمن توضیح می‌دهد هیچ مخالفت

۱. اصطلاح مزبور، در فلسفه اغلب با استدلال نظری مقایسه می‌شود. برخی نظریه‌پردازان، این اصطلاح را در معنای موسع یا عامیانه آن، نزدیک به معنای «فهم متعارف» به کار می‌برند. نگاه کنید به: بیکس، برایان؛ فرهنگ نظریه حقوقی، ترجمه و پیشگفتار محمد راسخ، تهران، نشر نی، ۱۳۸۹، ص ۷۵.

2. The Second-Order Reasons.

3. The Exclusionary Reasons.

4. Raz, J., Ibid, pp 41-3.

5. Ibid, p 45.

6. A Protected Reason.

7. Raz, J., The Authority of Law, New York: Oxford University Press, 1983, pp 17-18.

قابل دوامی در ترکیب کلی دلایل نسبت به آن وجود نداشته باشد.^۱ هنگامی که سرباز، ارزیابی شخصی خود از دلایل را کنار می‌گذارد و به سادگی از دستور فرمانده اطاعت می‌کند، او فرمانده را به تعبیر رز، «مرجعی عملی» در نظر گرفته است. مرجعی که فرمانش، دلیل کافی برای عمل نکردن بر مبنای دلایل دیگر قلمداد می‌شود.^۲ رز مدعی است که در پاره‌ای موارد، این کاملاً «عقلانی» است که ما در کل، بر اساس دلایل طردکننده عمل کنیم. برای نمونه ما ممکن است بر این باور باشیم که ارزیابی یک مرجع^۳ در خصوص مزایای یک امر، قابل اتکاتر از قضاوت خود ما است. در این صورت، مرجع مزبور در حقیقت خدمتی را به ما ارائه نموده است.^۴ برخی از قائلین به نظریه تقدم حق، با تکیه بر همین دیدگاه حق را به عنوان مرجعی عملی تلقی نموده که در صورت طرح بر تمامی ادعاهای متعارض موجود چیره خواهد شد.^۵

اما پرسش آن است که چگونه می‌توان به‌رغم «خصیصه غیر مطلق حقوق فردی»، آنها را به‌مثابه مرجعی عملی در نظر گرفت که قضاوت را از اجرای فرایند توازن باز می‌دارد. در پاسخ به این پرسش، دنیس میرسن بر ضرورت پالایش و اصلاح تجزیه و تحلیل رز در خصوص شیوه دوم عقلانیت عملی تأکید نموده و مدعی می‌گردد در صورتی که چنین پالایشی صورت گیرد، این امکان فراهم خواهد شد که ضمن پذیرش غیر مطلق بودن حق، به طور هم‌زمان آن را به عنوان مرجعی عملی، مفهوم‌سازی نماییم. وی با اتخاذ رویکرد ارزیابی دوباره^۶ خاطر نشان می‌سازد که بایستی حقوق فردی را به‌مثابه منبعی از دلایل مرتبه دوم در نظر گرفت. چنین دلایلی موجب

1. Feldman, L. E., "Originalism through Raz-Colored Glasses", University of Pennsylvania Law Review, 1992, Vol. 140, pp 1389- 98.

2. Raz, J., Ibid, p 35.

3. An Authority.

4. Raz, J., Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics, Revised Edition, New York: Oxford University Press, 1996, p 214.

5. Meyerson, D., Ibid, p 811.

6. The Reweighting Approach.

می‌شوند تا قضاوت به جای تصمیم‌گیری بر مبنای توازن عادی دلایل، حق‌ها را نسبت به منافع عمومی واجد ارزش و اهمیت بیشتر تلقی نموده و وزن سنگین‌تری به آنها اعطا نمایند.^۱

تیین فردیک اسکوار از ماهیت حق، محتوای کلی رویکرد ارزیابی دوباره را به خوبی نشان می‌دهد. وی در توصیف ماهیت حق، عبارت حق به مثابه سپر^۲ را به کار گرفته و بیان می‌دارد: «حق‌ها همچون سپرها یا زره‌پوش‌هایی در برابر مداخلات ناشی از سیاست عمومی عمل می‌کنند. پوشیدن زره، فرد را در برابر تیرها، چاقوها، مشت‌ها و گلوله‌های کوچک محافظت می‌کند، اما قطعا نمی‌تواند از وی در برابر تجهیزات نظامی قوی‌تر، بمب‌ها و یا آتش توپ‌ها محافظت کند.»^۳ بر طبق این رویکرد، مصلحت عمومی یک مخالف احتمالی و قابل دوام حق‌ها است، اما مخالفی که با «نقص و ضعف» عمل می‌کند.^۴ بر این اساس، تنها آن دسته از مصالح عمومی بسیار مهم و عمده که به قدر کافی الزام‌آور و مجاب‌کننده‌اند، توان نقض حق‌ها را خواهند داشت.

برای توضیح بیشتر محتوای کلی رویکرد ارزیابی دوباره، می‌توان به تفکیکی که استفان آر پری میان معانی متفاوت رویه قضایی ایجاد نموده^۵، اشاره کرده و قابلیت اعمال این معانی متفاوت را در سیاق بحث از تعارض حقوق فردی با منافع جمعی به روشنی نشان داد.^۶ پری، کار خود را با آنچه وی آن را ضعیف‌ترین نظریه درباره رویه قضایی^۷ می‌خواند، آغاز می‌کند. بر مبنای این نظریه، دادگاه بایستی خود را ملزم به پیروی از تصمیمی بداند که پیشتر بر مبنای سنجش و توازن دلایل مرتبه اول اتخاذ شده است، مگر اینکه بر اساس یک دلیل جدید متقاعد شود تصمیم

1. Ibid, pp 811-12.

2. Right as Shields.

3. Schauer, F., "A Comment on the Structure of Rights", Georgia Law Review, 1993, Vol. 27, p 429.

4. Perry, S. R., "Second- Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory", Southern California Law Review, 1989, Vol. 62, p 930.

5. Perry, S. R., "Judicial Obligation, Precedent and the Common Law" Oxford Journal of Legal Studies, 1987, Vol. 7, pp 215-22.

6. Meyerson, D., Ibid, p 813.

7. The Weakest Conception of Precedent.

مذکور، اشتباه بوده و ارزیابی درست به نتیجه‌ای متفاوت منجر می‌گردد است.^۱ در مقابل، به موجب قوی‌ترین نظریه پیرامون رویه قضایی،^۲ رویه‌ها بایستی به عنوان الزامات بازدارنده^۳ قلمداد شده و دادگاه بایستی تصمیم پیشین را به مثابه مانعی بر سر راه بررسی دوباره توازن دلایل در نظر گیرد.^۴ آنگونه که پری خاطر نشان می‌سازد این معانی، تنها معانی ممکن از رویه نیستند. حد واسط میان این دو نظریه، نظریه سوم است که بر مبنای آن، قاضی نبایستی تصمیم پیشین را، تصمیمی تلقی کند که «به طور کامل» وی را از بررسی مجدد دلایل مرتبه اولی که تصمیم بر اساس آنها اتخاذ شده، باز می‌دارد. در این معنا، قاضی نبایستی خود را مجاز به عدم تبعیت از تصمیم پیشین قلمداد کند، مگر اینکه متقاعد شود که دادگاه بایستی «وزنی بیش از وزن متعارف» به دلایل مرتبه اولی که از نتیجه مخالف حمایت می‌کنند، اعطا می‌نموده است. به دیگر سخن، دادگاه ملزم به پیروی از تصمیم قبلی است، مگر اینکه متقاعد شود «دلیلی قوی» برای تصمیم‌گیری بر خلاف رأی پیشین وجود دارد. پری تأکید می‌کند که این شیوه از استدلال عملی را می‌توان به عنوان «عمل بر طبق یک توازن ارزیابی شده دلایل» نامگذاری کرد.^۵

تجزیه و تحلیل پری نشان می‌دهد که توصیف رز از شیوه دوم استدلال عملی بسیار مضیق است. این در حالی است که می‌توان دو شیوه استدلال عملی را به نحو دقیق‌تر، به مثابه استدلال بر مبنای توازن دلایل^۶ و استدلال بر مبنای توازن ارزیابی شده دلایل^۷ توصیف کرد. به هنگام استدلال بر مبنای توازن دلایل، تصمیم‌گیرندگان به تمامی دلایل، وزنی را که آنها فکر می‌کنند، «واقعا» دارا هستند، اعطا می‌کنند، اما به هنگام تصمیم‌گیری بر مبنای توازن ارزیابی شده، برخی دلایل مرتبه اول، «مصنوعا»، وزنی متفاوت از آنچه به طور متعارف دارا هستند، دریافت می‌دارند. این در حالی است که دلایل بازدارنده موجب می‌گردند تا برای یک دلیل مرتبه اول یا یک سری

1. Perry, S. R., Ibid, p 221.

2. The Strongest Conception of Precedent.

3. The Exclusionary Bindings.

4. Ibid, p 220.

5. Ibid, p 222.

6. Reasoning on the Balance of Reasons.

7. Reasoning on a Weighted Balance of Reasons.

از دلایل مرتبه اول، «اصلاً» هیچ وزنی در نظر گرفته نشود. بر این اساس، پری به نحو دقیق‌تر، دلایل مرتبه دوم را به‌مثابه دلایل مجدداً ارزیابی‌کننده^۱ توصیف می‌نماید که دلایل بازدارنده، صرفاً یک «دسته فرعی» از این قسم دلایل‌اند.^۲ بر اساس رویکرد ارزیابی دوباره، حقوق فردی بایستی به مثابه دلایل مرتبه دوم تلقی گردند. بر این مبنای، دادگاه‌ها بایستی در برخورد با تعارض حقوق فردی و منافع جمعی، هزینه وارده به دارنده حق را در برابر سود حاصله برای جمع سنجیده و اندازه‌گیری کنند، بلکه بایستی ادعاهای دارنده حق را واجد «اولویت ماهوی و نه لزوماً مطلق» قلمداد نمایند.^۳

۲. مبانی توجیهی

اما پرسش اساسی در اینجا آن است که به راستی چرا بایستی حق‌ها را به‌مثابه مرجع عملی در نظر گرفت که باید بر سایر ملاحظات مرتبط اولویت داده شده و در تمامی اوضاع و احوال مورد احترام قرار گیرند؟ آیا می‌توان ارزشگذاری مزبور را به لحاظ عقلانی توجیه کرد؟

۱.۲. تفاوت در ماهیت حق و مصلحت

ماهیت متفاوت حقوق فردی و منافع جمعی یکی از مبانی توجیهی ایده اولویت حق قلمداد می‌گردد. برخی از متفکرین تأکید نموده‌اند که میان حق‌ها و منافع تفاوتی بنیادین و کیفی وجود دارد. بر مبنای این ایده، حق‌ها به قلمرو عدالت تعلق داشته و منافع به حوزه نتایج تعلق دارند، لذا قابل قیاس با یکدیگر نیستند.^۴ به این ترتیب، درست یا نادرست بودن نقض حق‌ها را نمی‌توان در برابر منافع اجتماعی‌ای که از نقض آنها حاصل می‌شوند، سنجیده و ارزیابی نمود.^۵

1. The Reweighting Reasons.

2. Perry, S. R., "Second- Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory", Ibid. pp 930-32.

3. Meyerson, D., Ibid, p 812.

4. Rawls, J., A Theory of Justice, Cambridge: Harvard University Press, 1971, pp 446-52.

5. Schauer, F., "Commensurability and its Constitutional Consequences", Hastings Law Journal, 1994, Vol. 45, pp 785-90.

از این منظر، منبع ارزش حق‌ها و منافع عمومی یکی نبوده و ارزش‌های مزبور از دیدگاه‌هایی متفاوت نشئت می‌گیرند. دیدگاه‌هایی که مهم اما اساساً «غیرقابل فروکاستن» به یک منشأ مشترک‌اند. این امر، به این معنا نیست که تعارض میان این ارزش‌های متفاوت، غیرقابل حل است، بلکه مبین این معنا است که قطعاً، هیچ‌گونه فرایند بررسی واحدی برای ارزیابی حقوق فردی و منافع جمعی با یکدیگر وجود ندارد.^۱

بر این بنیاد، در حالی که نظریه توازن، تعارض میان حق‌ها و تعارض میان حق‌ها و منافع عمومی را از یک نوع مشابه تلقی نموده و روش مشابهی را نیز برای حل آنها در نظر می‌گیرد، نظریه پردازانی چون دورکین و اسکوار، دیدگاه متفاوتی را در این باره اتخاذ می‌نمایند. اسکوار مدعی است که ال‌کسی، مفهوم اغواکننده توازن را نسبت به همه مواردی که در آنها یک اصل با اصل دیگر در تعارض قرار می‌گیرد، بکار می‌برد، بدون آنکه توجه کند که آیا اصل مزبور از حق‌ها حمایت می‌کند یا منافع جمعی.^۲ او بر این عقیده پای می‌فشارد که برای تمام کسانی که از اولویت حق‌ها دفاع می‌کنند، «ماهیت منافع»، تفاوت مهمی ایجاد می‌کند.^۳ از نظر آنها، توازن روش مناسبی است، آن هنگام که حق یک شخص با حق شخص دیگر در تعارض قرار گیرد. زیرا، چنین تعارضی، تعارض میان منافع «دارای ماهیت اخلاقی یکسان» است که از «جایگاه اخلاقی ویژه مشابهی» برخوردارند. بر این اساس، درست خواهد بود اگر تصمیم بگیریم که کدام‌یک از این منافع متعارض بنابر اوضاع و احوال موجود، از وزن و اهمیت بیشتر برخوردار بوده، یا چه کسی بیشترین آسیب را در صورتی که حق وی محدود شود، متحمل خواهد شد. در این صورت دولت متعهد خواهد بود که از حق مهم‌تر با هزینه کردن حق کم‌اهمیت‌تر حمایت نماید.^۴ اما هنگامی که حق‌ها با منافع عمومی در تعارض قرار می‌گیرند، کسانی که به اولویت حق معتقدند، بر این باورند که دادگاه‌ها نایستی ضرر وارده به دارنده حق را در برابر سود حاصله برای

1. Taylor, C., "The Diversity of Goods" in Utilitarianism and Beyond, New York: Cambridge University Press, 1982, pp129-43.

2. Alexy, R., A Theory of Constitutional Rights, (ed.) Julia Rivers, New York: Oxford University Press, 2002, pp 50-51.

3. Schauer, F., Ibid, p 433.

4. Dworkin, R., Ibid, pp 193-94.

جمع سنجیده و اندازه‌گیری کنند،^۱ زیرا، این درست مانند آن است که قضات بخواهند سنگینی یک صخره را با طول یک خط مقایسه کرده و ارزیابی نمایند.^۲

این در حالی است که بنا به ادعای طرفداران نظریه توازن ارزیابی شده، حق‌ها و منافع عمومی، در نظریه توازن، به گونه‌ای در نظر گرفته می‌شوند که گویی در یک سطح قرار داشته و با مقیاسی واحد قابل اندازه‌گیری هستند.^۳ در مقابل رویکرد ارزیابی دوباره، حق‌ها و منافع را به دو قلمرو متفاوت متعلق دانسته و میان حقوق فردی (قلمرو عدالت) و منافع جمعی (قلمرو نتایج) تفاوتی بنیادین و کیفی قائل می‌شود. بر مبنای این ایده، حق‌ها و منافع عمومی قابل قیاس با یکدیگر نیستند.^۴

۲.۲. رسوخ‌ناپذیری حق‌ها نسبت به نتایج

از آنجایی که حق‌ها برای حفاظت از گوهر حیات انسانی یعنی کرامت ذاتی و فاعلیت اخلاقی طراحی شده و در کارند در برابر تغییرات به وجود آمده در ترازوی ملاحظات اجتماعی بی‌تفاوت بوده و نسبت به نتایج رسوخ‌ناپذیر هستند.^۵ دیدگاه مذکور به شدت متأثر از فلسفه ارزش کانت

1. Bork, R. H., "The Role of the Courts in Applying Economics", *Antitrust Law Journal*, 1985, Vol. 54, pp 21-22.

2. *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enters* (1988), No. 486 U.S. 888, 897, (Scalia, J. concurring) Noted in: Tsakyrakis, S., 'Proportionality: An Assault on Human Rights?', *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, 2009, p 488.

3. For An Instrumental Justification of Treating Rights and the Public Interest as Incommensurable, See: Schauer, F., "Commensurability and its Constitutional Consequences", *Ibid*, pp. 797-9. Schauer Argues That A Decisional Framework in which Individual Rights and Public Interest Claims Are Seen as Commensurable Is Likely to Result in the Underprotection of Rights, in which Case There May Be Strategic Reasons to Treat These Claims as Incommensurable.

4. Nagel, T., *Mortal Questions*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p 133.

5. Paton, H. J., *The Categorical Imperative: A Study in Kant's Moral Philosophy*, Pennsylvania: Pennsylvania University Press, 1971, pp 154, 172, 176.

است.^۱ به ویژه دیدگاه او درباره اهمیت کرامت انسان و ضرورت برخورد با او به عنوان موجودی که خود غایت در خویش است.^۲

کانت، انسان را غایت امر مطلق می‌داند.^۳ غایت مطلق و عینی نمی‌تواند محصول اراده ما باشد، زیرا، محصول صرف اراده نمی‌تواند ارزش مطلق داشته باشد. غایت فی‌نفسه باید قائم به ذات باشد، نه چیزی که به وسیله ما حاصل شود.^۴ اراده نیک، بی قید و شرط نیک است و ارزش مطلق دارد. این اراده خیر و عقلانی در هر موجود عقلانی حضور دارد. به تعبیر دیگر، مبنای اراده نیک، عقل است و هر چیزی که به عنوان مبنا و منبع خیر و ارزش مطلق است، خود ارزش ذاتی دارد. در نتیجه، هر انسانی، ارزش مطلق دارد، زیرا، انسان به عنوان موجودی عقلانی، مبنای اراده نیک خویش است که ارزش و خیریت مطلق دارد. چون امر مطلق، برای همه موجودات عاقل معتبر است، بنابراین غایت آنکه واجد ارزش ذاتی و مطلق است، نیز می‌تواند به عنوان غایت عینی برای همه موجودات عاقل معتبر باشد. این غایت، خود انسان است، نه چیز دیگر و هرگز نباید از او به عنوان وسیله‌ای صرف برای تحقق غایتی که ارزش آن صرفاً نسبی است، استفاده کرد.^۵

کانت با ابتدا بر همین دیدگاه، فلسفه ارزش خود را پایه‌گذاری کرده و مقرر می‌دارد که: «چنان رفتار کن که انسانیت را چه در شخص خود و چه در شخص دیگری همواره غایت تلقی کنی و

۱. محمد رضایی، محمد؛ تبیین و نقد فلسفه اخلاق کانت، تهران، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۹، ص ۱۳۹.

۲. برای مطالعه بیشتر در این زمینه نگاه کنید به:

Rorty, R., "Human Rights, Rationality and Sentimentality", in *On Human Rights*, (ed.) S. Shute and S. Hurley, New York: Oxford Amnesty lectures, 1993, Available at: <http://www.jstore.org>

۳. قربان‌نیا، ناصر؛ حقوق بشر و حقوق بشردوستانه، تهران، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۷، ص ۹۱.

۴. محمودی، سیدعلی؛ فلسفه سیاسی کانت، اندیشه سیاسی در گستره فلسفه نظری و فلسفه اخلاق کانت، تهران، انتشارات نگاه معاصر، ۱۳۸۶، ص ۹۶.

5. Kant, I., *Grounding for the Metaphysics of Morals*, (trans.) Ellington, and J., USA: Hackle Publishing Company, 1993, pp 40-41.

در عین حال، آن را صرفاً به عنوان وسیله به کار نبری.^۱ از دیدگاه کانت، بشر از آن جهت که بشر است و از آن رو، که واجد شخصیت است، باید مورد احترام قرار گیرد. این حیثیت ذاتی، در هیچ شرایطی زوال‌پذیر نیست، بلکه واقعیتی است مستمر و پایدار. اصل غایت بودن انسان، به ما فرمان می‌دهد که هر انسانی را صرف‌نظر از اینکه چه کسی است و در چه موقعیتی قرار دارد واجد ارزش نامشروط تلقی کنیم.^۲

با تمسک به نظریه کانت در باب ماهیت حق، می‌توان چنین ادعا کرد که دلیلی مستقل و ذاتی برای احترام به حق‌ها فراتر و بالاتر از هر دلیلی که برای احترام به آنها در فرایند توازن دلایل مطرح است، وجود دارد. البته این به این معنا نیست که هرگز نمی‌توان حق‌ها را نقض نمود، بلکه به این معنا است که دلیلی علیه نقض آنها وجود دارد که بایستی به تمام دلایل پیامدمدارانه و عمل‌گرایانه‌ای که به نفع نقض آنها مطرح می‌شوند، افزوده شود. قطعاً عادلانه نیست که در بررسی خود، تنها بر نتایج تکیه کنیم، بلکه بایستی توجه بیشتری را معطوف توهین غیرآشکار به کرامت انسانی نماییم که در پی تجاوز به حق‌های فردی ایجاد می‌شود.

۳.۲. مزیت‌های کارکردگرایانه

افزون بر این، برخی از طرفداران ایده ارزیابی دوباره، به طرح این ادعا پرداخته‌اند که هرچند هدف نظریه توازن، دستیابی به بهترین نتایج بر مبنای سنجش و ارزیابی تمامی دلایل متعارض است، با این وجود، قابل‌اتکاترین راه برای کسب اطمینان از اینکه حق‌ها تنها در جایی نقض می‌شوند که نتایج حاصل از نقض آنها بر مبنای توازن دلایل مثبت باشد، بکارگیری متد تعادل نیست.^۳ همان‌گونه که هیر متذکر گردیده، تعیین دقیق آن نوع عملی که شادی را افزایش می‌دهد، ممکن است تنها برای فرشتگان مقرب امکان‌پذیر باشد. به هر روی، اصولاً «انسان‌های با قدرت درک و شناخت محدود»، چنانچه تلاش کنند که شادی را بر اساس یک ارزیابی مورد به مورد افزایش

1. Ibid, p 41.

2. Singer, P., "Kant's Ethics of Duty", in Ethics, (ed.) Peter Singer, Oxford: Oxford University Press, 1996, p 279.

3. Schauer, F., Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and in Life, Oxford: Clarendon Press, 1991, pp 149-55.

دهند، احتمالاً به طرق مختلف دچار شکست خواهند شد.^۱ به عبارت دیگر، اتخاذ چنین فرایند تصمیم‌گیری مورد به مورد و مستقیماً فایده‌گرایانه‌ای به شکست‌های مکرر در رسیدن به اهداف سودانگار منتهی خواهد شد. هرچند در صورتی که اشخاص، یک رویکرد قاعده‌محور (مبتنی بر تقدم ماهوی حقوق فردی) را اتخاذ نموده و تنها در «شرایط بسیار غیرمعارف» از این قواعد دست بکشند، نیز ممکن است موقعیت‌هایی پیش آید که در رسیدن به نتایج فایده‌گرایانه ناکام شوند، با این حال روی هم رفته و در طولانی مدت، اهداف فایده‌گرایانه با تعقیب «استراتژی غیر سودانگار تعقیب قواعد»^۲ به جای تلاش مستقیم در جهت تعیین پیامدهای مثبت بر اساس یک «بررسی مورد به مورد» بیشتر محقق خواهند شد.^۳ در غیر این صورت، تحقق اهداف نظریه توازن، بدون شک تنها در یک دنیای آرمانی و ایده‌آل و از طریق تصمیم‌گیرندگان عاری از خطا و با قدرت درک و شناخت وسیع امکان پذیر خواهد بود.

بر اساس این دیدگاه، آن دسته از قضاتی که با اتخاذ استراتژی تعقیب قواعد به جای تعقیب نتایج، تصمیم می‌گیرند که وزن و اهمیت بیشتری به حق‌ها از آنچه به طور معمول به آنها می‌دادند، اعطا نمایند، روی هم رفته و در طولانی مدت، بر طبق استانداردهای خودنظریه توازن، موفق‌تر عمل خواهند کرد تا قضاتی که تلاش می‌کنند تا با ملاحظه همه چیزها تصمیم‌گیری نمایند.^۴ این مسئله در بخشی ناشی از آن است که تعیین ارزش و اهمیت نسبی منافع مورد نظر، «موضوعی غیرحتمی، پیچیده و گمانه‌پردازانه» است. همانگونه که عدم توافق مکرر میان قضات درگیر با این مسئله، خود مؤید این مدعا است.^۵ بر همین مبنا استیون گریر بیان داشته «بسی

1. Hare, R. M., "Ethical Theory and Utilitarianism" *Utilitarianism and Beyond*, New York: Cambridge University Press, 1982, pp 23, 32.

2. A Non-Utilitarian Strategy of Rule-Following.

3. Ibid, pp 31-36.

4. Kahn, P. W., 'The Court, the Community and the Judicial Balance: the Jurisprudence of Justice Powell', *Yale Law Journal*, Vol. 97, 1987, p 321.

۵. برای مشاهده اختلاف نظر قضات در خصوص تعیین وزن نسبی حقوق فردی و منافع جمعی نگاه کنید به: *Airey v. Ireland*, Judgment of 9 October 1979, Series A, No. 32, pp 19-20, *Alajos Kiss v. Hungary*, no. 38832/06, ECHR 2010, p 32, *Amuur v. France*, Judgment of 25 June 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-III, pp 21-23, *Angelini v. Sweden (dec.)*, No 1041/83, 51 DR 1983, p 41, *Arrowsmith v. the United Kingdom*, Commission's report of 12 October 1978, No. 7050/75, Decisions and Reports [DR] 19, pp 61-62, *Arslan v. Turkey*,

مایه تعجب است که قضاتی که به طور مؤکد، اعمال و اجرای متد توازن را مورد تأیید قرار می‌دهند، عموماً اکراه دارند که نشان دهند توازن منافع به چه صورتی اتفاق می‌افتد.^۱

مسئله مهم‌تر آنکه، ممکن است قضات در تلاش برای تعیین هزینه‌ها و منافع نسبی نقض حق‌ها، «به‌طور نظام‌مندی» دچار اشتباه بشوند. زیرا، قضات، فرشتگان مقرب پروردگار نیستند و از باورها و ترس‌های عمومی جامعه خود مصون نمی‌باشند. بنابراین آنها ممکن است به هنگام تعارض حق‌ها با اهداف دولتی، به ویژه در مواجهه با مواردی همچون پیشگیری از جرم و یا حمایت از امنیت ملی، اهمیت کمتری از آنچه باید، برای آنها قائل شوند.^۲ رویکرد ارزیابی دوباره، هر گونه گرایش به گردن نهادن و تسلیم شدن در برابر مباحثات مربوط به مصلحت عمومی دولت را خنثی می‌نماید.^۳ به این ترتیب از منظر طرفداران رویکرد ارزیابی دوباره، قضات بایستی به دلایل کارکردی، نظریه‌ای در باب حق اتخاذ نمایند که به موجب آن، حق‌ها دارای همان اولویتی هستند که بر طبق فلسفه حقوق طبیعی از آن برخوردار می‌باشند.

Judgment of 8 July 1999, Series A, No. 23462/94, p 31, Autronicag v. Switzerland, Judgment 22 May 1990, Series A, No. 12726/87, pp 7-8, Balkandali v. the United Kingdom, Judgment 23 July 1968, Series A, No. 94, pp 17-21, Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, Judgment of 28 May 1985, Series A, No. 94, p 33, Fayed v. the United Kingdom, Judgment of 21 September 1994, Series A, No. 294-B, pp 49-50, Folgerø and Others v. Norway, Judgment of 29 June 2007, Series A, No. 15472/02, p 14, Goodwin v. the United Kingdom, Judgment of 27 March 1996, Reports 1996-II, pp 50-51, Kiyutin v. Russia, Judgment of 10 May 2011, Series A, No. 2700/10, pp 14-15, Leyla Şahin v. Turkey, Judgment of 10 November 2005, series A, No. 44774/98, pp 30-31, Murray v. The United Kingdom, Judgment of 28 October 1994, Series A, No. 14310/88, pp 21-25, Otto-Preminger-Institute v. Austria, judgment of 20 September 1994, Series A, No. 295-A, pp 35-36, Vogt v. Germany, Judgment of 26 September 1995, Series A, No. 17851/91, p 21, Serif v. Greece, Judgment of 14 December 1999, Series A, No. 38178/97, pp 27-29, Sürek and Others v. Turkey, Judgment 8 July of 1999, Series A, Nos. 23927/94 and 24277/94, pp 64-69, The Former King of Greece and Others v. Greece, Judgment of 23 November 2000, Series A, No. 25701/94, pp 37-38, Refah Party and Others v. Turkey, Judgment of 31 July 2001, Series A, Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, pp 48-49.

1. Greer, S., "Balancing and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate", Cambridge Law Journal, 2004, Vol. 63, pp 412-13.

۲. از این منظر رأی مجلس لردهای بریتانیا در خصوص پرونده آر و دیگران علیه رئیس پلیس یورکشایر جنوبی که بدون توجه به نظریات کارشناسان خبره پیرامون عدم کارایی ایجاد بانک اطلاعاتی DNA در پیشگیری از بروز جرم و ارتقا امنیت عمومی اتخاذ گردید، قابل توجه به نظر می‌رسد. در این زمینه نگاه کنید به:

R v Chief Constable of South Yorkshire; Ex parte LS; Ex parte Marper [Marper], (2004), No. 4 All ER 193.

3. Hare, R. M., Ibid, p 36.

۴.۲. پرهیز از درهم‌آمیختن حقوق و سیاست

حتی اگر قضات بتوانند بر دقت توازن صورت گرفته میان حق‌ها و منافع عمومی تکیه کنند، همچنان بایستی اذعان نمود که اصولاً برقراری توازن میان منافع متعارض افراد و دولت، وظیفه قضات نیست. به لحاظ سیاسی، مسئولیت این کار بر عهده سیاستمداران بوده و در نتیجه، پاسخگویی به طیف وسیعی از ملاحظات اخلاقی و سیاسی در حیطه صلاحیت آنها است.^۱

مشروعیت دادگاه‌ها در بخشی وابسته به قانونی است که صلاحیت مزبور را به نحو مضیق محدود نموده، به گونه‌ای که تأثیر خودسرانه دیدگاه‌های اخلاقی و سیاسی شخصی قضات بر تصمیماتشان به حداقل برسد. اسکوار، این نظریه پیرامون قانون را به‌مثابه نظریه «حوزه محدودشده»^۲ تشریح نموده و توضیح می‌دهد: «بر مبنای نظریه حوزه محدود شده، مباحث حقوقی و تصمیم‌گیری‌های قضایی به واسطه هنجارهای تصمیم‌گیری محدود می‌شوند. هنجارهایی که ملاحظات اخلاقی و سیاسی‌ای را شکل می‌دهند که بخشی از فرایند تصمیم‌گیری عقلانی بوده و بدون آن هنجارها، نظام حقوقی امکان دسترسی به ملاحظات مزبور را نخواهد داشت.»^۳

نظریه توازن ارزیابی شده، قضات را وادار نمی‌سازد تا در «یک مسیر بی‌پایان» بررسی تمامی ملاحظات عملی، سیاسی و اخلاقی که مشخص می‌کنند انجام چه کاری درست است، قرار گیرند.^۴ این امر مستلزم آن است که قضات، نقشی را که ماهیتاً متفاوت از «نقش قانون‌گذاری»

1. Schauer, F., "The Limited Domain of the Law", Virginia Law Review, 2004, Vol. 90, p 1909.

2. The Limited Domain.

3. Ibid, pp 1909-10.

۴. در همین چارچوب، تی الکساندر الینکاف خاطرنشان می‌سازد که این مسئله اصلاً تصادفی نیست که مدل تعادل در زمانی که واقع‌گرایی، «تئوری حقوقی» رایج در آمریکا بود، رواج یافت. نظریه‌ای که در آن، قانون به مثابه ابزار نکر بسته شده و قضات می‌بایست یک نقش قانون‌گذاری را نیز در کنار نقش قضایی ایفا می‌کردند. نگاه کنید به: Aleinikoff, T. A., 'Constitutional Law in the Age of Balance', Yale Law Journal, 1987, Vol. 96, pp 956-58.

مدافعان مدل تعادل از جمله پوزنر نیز این مسئله را مورد تأیید قرار داده‌اند. در برداشت «عمل‌گرایانه» پوزنر از قضاوت، معیار نهایی تصمیم‌گیری، «معقول بودن» است. از دیدگاه او، قضات بایستی بکوشند تا با در نظر گرفتن تمامی موارد تصمیمی را اتخاذ نمایند که در آن شرایط و اوضاع و احوال، معقول به نظر می‌رسد. از این رو، به باور

نیست، ایفا کرده و به عهده گیرند. در مقابل، رویکرد ارزیابی دوباره در تبیین نوع متفاوتی از استدلال کاربردی برای قضات، محدودیت‌های مناسب و معقولی را برای استدلال قضایی فراهم نموده و به حفظ تمایز میان حقوق و سیاست کمک می‌کند. به دیگر سخن، نظریه توازن ارزیابی شده، قضات را ملزم می‌سازد که با یک شیوه حقوقی متمایز استدلال کنند. این به این خاطر است که رویکرد مذکور، قضات را وامی‌دارد تا در حل تعارض میان حق‌ها و مصالح عمومی، قواعد را بر نتایج اولویت دهند.^۱ این از آن رو است که قضات به واسطه استقلال و بی‌طرفی خود، به‌طور ویژه‌ای مناسب تصمیم‌گیری در خصوص مسائل، از طریق «شیوه مبتنی بر اصول» هستند و این مشرب، ویژگی اصلی نقش قضایی است. در مقابل، تصمیم‌گیری سیاستمداران، بیشتر پاسخی است به «فشارهای موقتی» و «ملاحظات عمل‌گرایانه».^۲

دورکین نیز در این باره خاطر نشان ساخته که دادگاه‌ها به‌مثابه «محل برای تبادل نظر پیرامون اصول»^۳ تلقی می‌گردند. از این منظر، قضات عهده‌دار حراست از «اصول بنیادی‌تر و پایدارتر» اند تا آن دسته از اصولی که بر پایه سیاست‌های گزینشی ایجاد می‌شوند. از نظر دورکین، اصول تصمیماتی هستند که بر مبنای حقی اخلاقی یا قانونی اتخاذ می‌شوند،^۴ حال آنکه سیاست، تصمیمی است که بر اساس نتایج اتخاذ می‌گردد. به باور دورکین، قانونگذاران اغلب بر مبنای سیاست تصمیم گرفته‌اند. اینکه کدام قانون بیشترین منفعت کلی را برای جامعه به ارمغان می‌آورد و ملاحظاتی از این دست مدنظر قانون‌گذاران بوده است. با این حال دادگاه‌ها بایستی

پوزنر، هیچ «رویه تحلیل کلی‌ای» که استدلال حقوقی را از دیگر شقوق استدلال عملی مجزا سازد، وجود ندارد. نگاه کنید به:

Posner, R. A., *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge: Harvard University Press, 2003, p 60.

1. Schauer, F., "Ibid, p 1911.

2. Ibid.

3. A Forum of Principle.

۴. این در حالی است که برخی دیگر از نظریه‌پردازان، نه تنها حق بلکه مصلحت را نیز موضوع اصول قلمداد می‌کنند. نگاه کنید به:

Alexy, Ibid, pp. 50-51 and 65.

محل و مقام اصول باشند تا فقط بر مبنای حق تصمیم بگیرند.^۱ اگر چنین باشد، پیش فرض برتری حق‌ها که رویکرد ارزیابی دوباره، بر قضات تحمیل می‌کند، می‌تواند با ارجاع به نقش ویژه دادگاه‌ها در نظام حقوقی توجیه شود؛ نقشی که بایستی همراه با آن، «یک منظر حمایتی متمایز از حق‌ها» اتخاذ شود.^۲

براین اساس، هر چند الزامات نظریه توازن ارزیابی‌شده، این اختیار را به قضات اعطا نمی‌کند که قانون موجود را «بی‌اعتبار سازند»، اما بر دو «اقدام جبرانی» دیگر اتکا می‌نمایند. اقدام جبرانی نخست، این وظیفه را بر دوش قضات می‌گذارد که «تا جایی که امکانپذیر است»، قانون را به شیوه‌ای هماهنگ با اقتضائات حق تفسیر کنند و اقدام جبرانی دوم، این اختیار را به قضات اعطا می‌کند که قانون را ناسازگار با حقوق بشر اعلام نموده یا اعلام کنند که نمی‌توان آن را به شیوه‌ای هماهنگ با حقوق بشر تفسیر کرد، البته بدون آنکه بر اعتبار قانون یا قابلیت اجرای آن اثر بگذارند. همانگونه که تام هیکمن، خاطر نشان ساخته، میان مکاتب فکری گوناگون در خصوص قابلیت اعمال روش‌های پیش‌گفته اختلاف نظر وجود دارد.^۳ برخی از مکاتب فکری، اعمال روش اول از سوی دادگاه‌ها را مورد تأیید قرار داده و اظهار می‌دارند قضات بایستی تا بیشترین حد ممکن از «قدرت ابدعی» خویش استفاده کنند تا قانونی را که به نظر می‌رسد با اقتضائات حق ناسازگار است، به گونه‌ای تفسیر کنند که با اقتضائات مزبور سازگار شود، حتی اگر قانون مبهم نبوده و تفاسیر صورت گرفته، «به لحاظ زبان‌شناختی، تصنعی و ساختگی» به نظر آیند.^۴ بر مبنای این ایده، تنها محدودیت بر تفسیر احتمالی قانون، در جایی است که قانون مزبور، صراحتاً امکان چنین تفسیری را نفی کرده باشد.^۵

1. Dworkin, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985, p 42.

2. Vick, D. W., "Deontological Dicta", *Modern Law Review*, 2002, Vol. 65, pp 280, 286-87.

3. Hickman, T., *Ibid*, pp 306, 312.

4. Hickman, T., "Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998", *Public Law Review*, 2005, Vol. 16, pp 310-11.

5. Kavanagh, A., "The Elusive Divide between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004, Vol. 24, p 259 and Evans, S. and Stone A., "Balancing and Proportionality: A Distinctive Ethic?" Draft for discussion

در سوی دیگر این طیف، پاره‌ای از نظریه‌پردازان بر اختیار دادگاه‌ها در خصوص اعلام ناسازگاری قوانین با اقتضانات حقوق بشر صحنه گذارده‌اند. دنی نیکل که از مدافعان روش دوم است در حالی که تأکید می‌کند دادگاه‌ها نبایستی حرف آخر را در ارتباط با موضوعات حقوق بشری بیان کنند، به طور هم زمان اذعان می‌دارد که قضات باید تا بیشترین حد ممکن از اختیار اعلام ناسازگاری قانون با حقوق بشر استفاده کنند، زیرا، اعلام ناسازگاری «قضات را قادر خواهد ساخت تا توپ را به زمین پارلمان بیندازند و این واقعیت که پارلمان مسئول هر آن چیزی است که بعداً رخ دهد، بایستی این جرأت را به قضات ببخشد که بدون خجالت آنچه را نقض حقوق بشر می‌شمارند، محکوم نمایند.»^۱

هر چند تفاوت‌های آشکارا گسترده‌ای میان روش‌های دوگانه پیش گفته وجود دارد، اما در هیچ یک از آنها، وظیفه اساسی قاضی آن نیست که پا در کفش قانون گذار گذاشته یا تفکر قانون گذارانه بیشتری نسبت به خود قانون گذار داشته باشد،^۲ بلکه دادگاه‌ها بایستی تلاش کنند تا موضعی حمایتی نسبت به حق‌ها اتخاذ نمایند. اگر چنین باشد نظریه توازن ارزیابی شده با ایده مطروحه در خصوص «ماهیت اصل بنیاد وظیفه قضایی»، سازگاری بیشتری خواهد داشت تا نظریه توازن.

at the VII World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, 11-15 June 2007, pp 264, 268-69 Available at: <http://www.enelsyn.gr/papers/w15/Paper%20/>.pdf.

1. Nicol, D., "Law and Politics after the Human Rights Act" *Public Law Review*, 2006, Vol. 17, pp 722-47.

2. Myerson Has Adapted This Phrase from Lord Atkin who Accused the Majority of being more Executive-Minded than the Executive in his Lordship's Dissenting Judgment, See: *Liversidge v. Anderson*, 1942, p 244.

نتیجه گیری

به رغم رواج نظریه توازن، اندیشه مزبور، استعاره‌ای گنگ و نارسا قلمداد می‌گردد که هیچ چیزی درباره اینکه منافع متعارض چگونه با یکدیگر مقایسه گردیده و وزن نسبی هر یک چگونه تعیین خواهد شد، نمی‌گوید و این سکوت، عدم امکان اندازه‌گیری ارزش‌های غیر هم‌سنج از طریق یک فرایند بررسی واحد را اثبات می‌نماید. این موضوع به خوبی از عدم توافق گسترده قضات در تعیین وزن نسبی حقوق فردی و مصالح جمعی متعارض در پرونده‌های گوناگون قابل استنتاج است.

افزون بر این، به نظر می‌رسد این فرض نادرست نظریه توازن که حق‌های بنیادین، چیزی جز منافع خصوصی افراد نیستند که قابل قیاس با منافع جمعی بوده و حمایت از آنها در هر زمان بستگی به سنجش آنها با منافع عمومی متعارض دارد، موجب پوچ و بی‌معنا شدن مفهوم حق خواهد شد. از این منظر، اگر حق‌های بنیادین را نوعی منفعت، مشابه با مصالح عمومی به شمار آوریم که حمایت از آنها وابسته به ملاحظات دیگری همچون وزن نسبی منافع متعارض است، حمایت اعطا شده به حق‌ها توسط قانون اساسی را سست و متزلزل خواهیم کرد.

فهرست منابع

الف) فارسی

۱. بودنهایمر، ادگار؛ «**درآمدی بر تئوری مصلحت عمومی**»، ترجمه محمد راسخ، حق و مصلحت، مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، تهران، انتشارات طرح نو، ۱۳۸۷.
۲. بیات کمیتکی، مهناز؛ **ارزیابی مفهوم مصلحت عمومی در قوانین اساسی مشروطه و جمهوری اسلامی ایران**، رساله کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۵.
۳. بیکس، برایان؛ **فرهنگ نظریه حقوقی**، ترجمه و پیشگفتار محمد راسخ، تهران، نشر نی، ۱۳۸۹.
۴. دورکین، رونالد؛ «**جدی گرفتن حق‌ها**»، ترجمه محمد راسخ، حق و مصلحت مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، همان، ۱۳۸۷.
۵. دورکین، رونالد؛ «**حق چون برگ برنده**»، ترجمه و پیشگفتار محمد راسخ، نامه مفید، ۱۳۸۱، ش ۲۹.
۶. راسخ، محمد و بیات کمیتکی، مهناز؛ «**مفهوم مصلحت عمومی**»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۰، ش ۵۶.
۷. راسخ، محمد؛ «**نظریه حق**»، حقوق بشر در جهان معاصر، تهران، انتشارات کمیسیون حقوق بشر اسلامی، ۱۳۸۸.
۸. راسخ، محمد و بیات کمیتکی، مهناز؛ «**حق و مصلحت در ترازوی عدالت**»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۱، ش ۸.
۹. قربان‌نیا، ناصر؛ **حقوق بشر و حقوق بشر دوستانه**، تهران، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۷.
۱۰. لاگلین، مارتین؛ **مبانی حقوق عمومی**، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشر نی، ۱۳۸۸.
۱۱. محمد رضایی، محمد؛ **تبیین و نقد فلسفه اخلاق کانت**، تهران، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۹.

۱۲. محمودی، سیدعلی؛ **فلسفه سیاسی کانت، اندیشه سیاسی در گستره فلسفه نظری و فلسفه اخلاق کانت**، تهران، انتشارات نگاه معاصر، ۱۳۸۶.
۱۳. والدرون، جرمی؛ «**فلسفه حق**»، ترجمه و پیشگفتار محمد راسخ، حق و مصلحت مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، همان، ۱۳۸۷.
۱۴. هریسون، راس؛ «**حکومت و اخلاق**»، ترجمه و پیشگفتار محمد راسخ، حق و مصلحت مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، همان، ۱۳۸۷.

ب) لاتین

15. Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, Judgment of 28 May 1985, Series A, No. 94.
16. Airey v. Ireland, Judgment of 9 October 1979, Series A, No. 32.
17. Alajos Kiss v. Hungary, no. 38832/06, ECHR 2010.
18. Aleinikoff, T. A., 'Constitutional Law in the Age of Balance', Yale Law Journal, 1987, Vol. 96.
19. Alexy, R., A Theory of Constitutional Rights, (ed.) Julia Rivers, New York: Oxford University Press, 2002.
20. Amuur v. France, Judgment of 25 June 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-III.
21. Angelini v. Sweden (dec.), No 1041/83, 51 DR 1983.
22. Arrowsmith v. the United Kingdom, Commission's report of 12 October 1978, No. 7050/75, Decisions and Reports [DR] 19.
23. Arslan v. Turkey, Judgment of 8 July 1999, Series A, No. 23462/94.
24. Autronicag v. Switzerland, Judgment 22 May 1990, Series A, No. 12726/87.
25. Balkandali v. the United Kingdom, Judgment 23 July 1968, Series A, No. 94.
26. Barry, B., "The Public Interest", In Political Philosophy, (ed.) A. Quinton, London: Oxford University Press, 1977.
27. Barry, B., "The Use and Abuse of the Public Interest", The Public Interest, (ed.) C.J. Friedrich, New York: Athenton press, 1967.
28. Bork, R. H., "The Role of the Courts in Applying Economics", Antitrust Law Journal, 1985, Vol. 54.

29. Dworkin, R., "Taking Rights Seriously" in *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Mass: Harvard University Press, 1977.
30. Dworkin, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985.
31. Evans, S. and Stone A., "Balancing and Proportionality: A Distinctive Ethic?" Draft for discussion at the VII World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, 11-15 June 2007, Available at: <http://www.enelsyn.gr/papers/w15/Paper%20/.pdf>.
32. Fallon, R. H., "Individual Rights and the Powers of Government", *Georgia Law Review*, 1993, Vol. 27.
33. Fallon, Richard H., "Further Reflections on Rights and Interests: A Reply", *Georgia Law Review*, 1993, Vol. 27.
34. *Fayed v. the United Kingdom*, Judgment of 21 September 1994, Series A, No. 294-B.
35. Feldman, L. E., "Originalism through Raz-Colored Glasses", *University of Pennsylvania Law Review*, 1992, Vol. 140.
36. *Folgerø and Others v. Norway*, Judgment of 29 June 2007, Series A, No. 15472/02.
37. Gardbaum, S., 'A Democratic Defense of Constitutional Balancing' *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, Vol. 4.
38. *Goodwin v. the United Kingdom*, Judgment of 27 March 1996, Reports 1996-II.
39. Greer, S., "Balancing and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate", *Cambridge Law Journal*, 2004, Vol. 63.
40. Habermas, J., *Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, (ed.) William Rehg, Cambridge: Polity Press, 1996.
41. Hare, R. M., "Ethical Theory and Utilitarianism" *Utilitarianism and Beyond*, New York: Cambridge University Press, 1982.
42. Held, V., *The Public and Individual Interest*, New York: Basic Books, 1970.
43. Hickman, T., "Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998", *Public Law Review*, 2005, Vol. 16.

44. Kahn, P. W., 'The Court, the Community and the Judicial Balance: the Jurisprudence of Justice Powell', Yale Law Journal, Vol. 97, 1987.
45. Kant, I., Grounding for the Metaphysics of Morals, (trans.) Ellington, and J., USA: Hackle Publishing Company, 1993.
46. Kavanagh, A., "The Elusive Divide between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998", Oxford Journal of Legal Studies, 2004, Vol. 24.
47. Kiyutin v. Russia, Judgment of 10 May 2011, Series A, No. 2700/10.
48. Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, Judgment of 7 December 1976, Series A, Nos. 5095/71; 5920/72; 5926/72.
49. Kumm, M., "Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement" Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy, (ed.) George Pavlakos, Oxford: Hart Publishing, 2007.
50. LeylaŞahin v. Turkey, Judgment of 10 November 2005, series A, No. 44774/98.
51. Luban, D. and Goldstone R., 'The Tension between Combating Terrorism and Protecting Civil Liberties', the War on Terror, (ed.) Ashby Wilson, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
52. Luban, D., 'Eight Fallacies about Liberty and Security', the War on Terror, (ed.) Ashby Wilson, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
53. Meyerson, D., "Why Courts Should Not Balance Rights Against The Public Interest", Melbourne University Law Review, 2007, Vol. 31.
54. Murray v. The United Kingdom, Judgment of 28 October 1994, Series A, No14310/88.
55. Myerson, D., "State and Federal Privative Clauses, Not So Different after All", Public Law Review, 2005, Vol. 16.
56. Nagel, T., Mortal Questions, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
57. Nicol, D., "Law and Politics after the Human Rights Act" Public Law Review, 2006, Vol. 17.
58. Otto-Preminger-Institute v. Austria, judgment of 20 September 1994, Series A, No. 295-A.
59. Paton, H. J., The Categorical Imperative: A Study in Kant's Moral Philosophy, Pennsylvania: Pennsylvania University Press, 1971.

60. Perry, S. R., "Judicial Obligation, Precedent and the Common Law" Oxford Journal of Legal Studies, 1987, Vol. 7.
61. Perry, S. R., "Second- Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory", Southern California Law Review, 1989, Vol. 62.
62. Posner, R. A., Law, Pragmatism and Democracy, Cambridge: Harvard University Press, 2003.
63. R v Big M Drug Mart Ltd (1985), 1SCR 295.
64. R v Chief Constable of South Yorkshire; Ex parte LS; Ex parte Marper [Marper], (2004), No. 4 All ER 193.
65. R v Oakes (1986), 1 SCR 103.
66. Rawls, J., A Theory of Justice, Cambridge: Harvard University Press, 1971.
67. Raz, J., Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics, Revised Edition, New York: Oxford University Press, 1996.
68. Raz, J., Practical Reason and Norms, Oxford: Clarendon Press, 1999.
69. Raz, J., The Authority of Law, New York: Oxford University Press, 1983.
70. Refah Party and Others v. Turkey, Judgment of 31 July 2001, Series A, Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98.
71. Rorty, R., "Human Rights, Rationality and Sentimentality", in On Human Rights, (ed.) S. Shute and S. Hurley, New York: Oxford Amnesty lectures, 1993, Available at: <http://www.jstore.org>
72. Sales, Ph. And Hooper, B., "Proportionality and the Form of Law", Law Quarterly Review, 2003, Vol. 119.
73. Schauer, F., "A Comment on the Structure of Rights", Georgia Law Review, 1993, Vol. 27.
74. Schauer, F., "Commensurability and its Constitutional Consequences", Hastings Law Journal, 1994, Vol. 45.
75. Schauer, F., Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and in Life, Oxford: Clarendon Press, 1991.
76. Schauer, F., "The Limited Domain of the Law", Virginia Law Review, 2004, Vol. 90.

77. Serif v. Greece, Judgment of 14 December 1999, Series A, No. 38178/97.
78. Singer, P., "Kant's Ethics of Duty", in Ethics, (ed.) Peter Singer, Oxford: Oxford University Press, 1996.
79. Sürek and Others v. Turkey, Judgment 8 July of 1999, Series A, Nos. 23927/94 and 24277/94.
80. Taylor, C., "The Diversity of Goods" in Utilitarianism and Beyond, New York: Cambridge University Press, 1982.
81. Teson, FR, 'Liberal Security', In Human Rights in the War on Terror, (ed.) Ashby Wilson, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
82. The Former King of Greece and Others v. Greece, Judgment of 23 November 2000, Series A, No. 25701/94.
83. Tsakyrakis, S., 'Proportionality: An Assault on Human Rights?', International Journal of Constitutional Law, Vol. 7, 2009.
84. Vick, D. W., "Deontological Dicta", Modern Law Review, 2002, Vol. 65.
85. Vogt v. Germany, Judgment of 26 September 1995, Series A, No. 17851/91.

