

حق و مصلحت در ترازوی عدالت

دکتر محمد راسخ*

مهنز بیات کمیتکی**

چکیده

دو مفهوم حق و مصلحت از جمله مفاهیمی هستند که بر مباحث سیاسی، اخلاقی، حقوقی و اجتماعی اکثر کشورها حاکم شده‌اند. با این حال، وجود ناهماهنگی و عدم تجانس میان اقتضانات تضمین حقوق فردی و ارتقای مصلحت عمومی موجب می‌شود که بروز حدی از تنش و تعارض میان این حقوق و آن مصالح، قابل تصور باشد. بروز چنین تعارضی تا بدان حد عادی و محتمل است که امروزه، واژگان حقوق فردی و مصلحت جمعی در برداشت عمومی، بر یک تضاد بسیار جدی دلالت نموده و سیاست‌مداران، قضات و روشن‌فکران بر وجود این تعارض تاکید می‌کنند.¹

نظریه پردازان و فعالان اجتماعی با اتخاذ رویکردهای نظری متفاوت پیرامون نسبت میان حق و مصلحت، راه‌کارهای متفاوتی را برای حل این تعارض مطرح نموده‌اند. پاره‌ای از آن‌ها با طرح ایده‌ی حاکمیت حق، بر اولویت حقوق فردی بر منافع جمعی تاکید نموده و برخی دیگر، مصلحت عمومی را دارای تقدمی رتبی قلمداد کرده‌اند.

در این نوشتار تلاش خواهیم کرد تا نظریه‌ای هم‌گرا در خصوص نسبت میان حقوق فردی و مصالح جمعی ارائه نماییم. این نظریه بر یک فرض بنیادین درباره‌ی مفهوم عدالت استوار است: عدالت هر دو جنبه‌ی فردی و جمعی حیات انسانی را دربر گرفته و در پی

* دانشیار دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

** دانش‌آموخته‌ی دکتری حقوق عمومی.

1. Schauer, Frederick, "Commensurability and its Constitutional Consequences", Hasting Law Journal, Vol. 45, 1994, pp. 797-799.

ایجاد توازن میان حقوق افراد و مصالح جامعه است.^۲ بدین ترتیب، هر نظریه‌ای که این حقوق یا آن منافع را نادیده گرفته و همواره یکی را بر دیگری اولویت بخشد، اصل عدالت را تهی از معنا نموده یا دست کم تضعیف خواهد کرد.

کلیدواژگان

حق، مصلحت عمومی، عدالت، ایده‌ی حاکمیت حق، ایده‌ی تقدم مصلحت، ایده‌ی تعادل.

۲. راسخ، محمد، «نظریه حق»، در: حقوق بشر در جهان معاصر، تهران، انتشارات کمیسیون حقوق بشر اسلامی، ۱۳۸۸، ص. ۴۱۰.

مقدمه

هر چند حق و مصلحت، هر دو از لوازم ضروری و اقتضائات منطقی اصل عدالت‌اند و ادامه‌ی حیات انسانی بدون تامین و تضمین آن‌ها اساساً میسور و مقدور نیست، اما به دلیل واقعیت تکثر ارزشی و تراحم ادعاهای متعارض در عرصه‌ی اجتماع، بروز حدی از تنش و تعارض میان این دو ارزش مهم نظام اجتماعی محتمل و قابل تصور می‌باشد. به دیگر سخن، با وجود آن‌که پاره‌ای از نویسندگان، حصول مصلحت عمومی و حمایت از حقوق و آزادی‌های فردی را چه در عرصه‌ی عمل و چه در عرصه‌ی نظریه‌پردازی، متضاد یکدیگر ندانسته‌اند،^۳ شواهد تجربی و مثال‌های عملی بی‌شماری، بروز چنین تنشی را به اثبات رسانده و آشکارا نشان می‌دهند. بر این اساس، می‌توان به سادگی شرایطی را تصور کرد که حمایت از حقوق و آزادی‌های فردی در تضاد مستقیم با منافع جامعه‌ی سیاسی قرار گرفته و یا اجرای پاره‌ای از کارکردهای ضروری عمومی یا دولتی در حوزه‌های مختلف سیاسی، اجتماعی، اقتصادی، آموزشی یا امنیتی، کنار گذاشتن تمایلات و ترجیحات شخصی را ایجاب کند. بدین ترتیب، غیرممکن است جامعه‌ای را بیابیم که در آن هیچ‌گاه، برآورده ساختن تمایلات، خواسته‌ها و ادعاهای فردی در تعارض با پیش‌برد مصالح عمومی و منافع جمعی قرار نگیرد. برای نمونه، در حالی که حق بر مالکیت خصوصی، مستلزم بهره‌گیری آزادانه و مسالمت‌آمیز از دارایی‌های شخصی است،^۴ گاه اعمال و اجرای این

3. Lazarus, Liora and Goold, Benjamin J., "Security and Human Rights: The Search for a Language of Reconciliation", in: Security and Human Rights (ed.), Liora Lazarus and Benjamin J. Goold, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 1-24.

۴. ماده‌ی ۱ پروتکل شماره‌ی ۱ الحاقی به کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین مقرر می‌دارد:

«هر شخص حقیقی یا حقوقی می‌تواند به نحو مسالمت‌آمیز، از دارایی‌های خود منتفع گردد. هیچ شخصی از متصرفات خود محروم نخواهد شد، مگر به اقتضای مصلحت عمومی و مشروط به شرایط مقرر شده به موجب قانون و اصول کلی حقوق بین‌الملل.»

حق، در تعارض با تامین رفاه همگانی و تضمین امکانات معیشتی حداقلی شامل خوراک، پوشاک و سرپناه برای تمامی افراد جامعه قرار می‌گیرد. هم‌چنین ممکن است، حفاظت و حراست از امنیت ملی با حق افراد بر آزادی بیان و ابراز عقیده در تعارض قرار گرفته و با چالشی اساسی روبه‌رو شود.^۵ مثال‌های بی‌شماری از این دست، وجود حدی از تنش مجادله‌آمیز میان اقتضائات مربوط به حمایت از حقوق و آزادی‌های فردی و الزامات ناشی از ارتقای مصلحت عمومی را به روشنی نشان می‌دهند.

جست‌وجوی یک ادبیات سازگاری جدید میان این دو ارزش نظام اجتماعی، اکنون به یکی از مهم‌ترین چالش‌های اندیشه‌ی لیبرال دموکراسی تبدیل شده، به گونه‌ای که بسیاری ادعا کرده‌اند برای حفظ سنت لیبرال دموکراسی، بایستی میان مصلحت عمومی و حقوق بشر صلح و آشتی برقرار نمود.^۶ این موضوع که چگونه می‌توان به بهترین وجهی، حقوق فردی و خیر عمومی را بدون انکار یکی از آن‌ها تضمین کرد، همواره در مرکز

←

مقررات مذکور در هر حال، به هیچ روی، به حق دولت بر اعمال قوانینی که برای کنترل استفاده از اموال مطابق با مصلحت عمومی یا به منظور تضمین پرداخت مالیات یا دیگر مساعدت‌ها و مجازات‌های مالی، ضروری تشخیص دهد، خللی وارد نخواهد کرد.

۵. ماده‌ی ۱۰ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین مقرر می‌دارد: «هر کس از حق بر آزادی بیان برخوردار است. این حق شامل آزادی ابراز عقیده، دریافت و انتقال اطلاعات و دیدگاه‌ها بدون مداخله‌ی مقامات عمومی است.

اعمال این آزادی‌ها، وظایف و مسئولیت‌هایی را در پی داشته و می‌تواند به شرایط و محدودیت‌هایی منوط و مقید شود، محدودیت‌هایی که به موجب قانون مقرر گردیده و در یک جامعه‌ی دموکراتیک برای حفظ منافع امنیت ملی، تمامیت ارضی، بهداشت عمومی، جلوگیری از بی‌نظمی و جرم، حمایت از اخلاقیات، حیثیت و حقوق دیگران و نیز جلوگیری از افشای اطلاعات محرمانه یا حفظ حاکمیت و استقلال قوه‌ی قضاییه ضروری می‌باشند».

6. Teson, FR., "Liberal Security", in: Human Rights in the War on Terror (ed.), Ashby Wilson, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 57- Luban, D., Eight Fallacies about Liberty and Security, in: Human Rights in the War on Terror, op.cit., pp. 242-245.

اقدامات و تلاش‌های لیبرال دموکراسی قرار داشته و پالایش فلسفی آن را موجب شده است.^۷ هم‌نشین ساختن ادعاهای فردی و منافع جمعی در چارچوب دموکراسی‌های لیبرال، وظیفه‌ی عمده‌ی قوانین اساسی، مجالس قانون‌گذاری و دادگاه‌ها قلمداد گردیده و اختیار نهایی قضاوت میان منافع شخصی افراد و ضروریات عمومی جامعه به یک دستگاه قضایی مستقل واگذار شده است.^۸

بنابراین در حد واسط دو نظریه‌ی افراطی حاکمیت حق بر مصلحت و تقدم مصلحت بر حق، برخی نویسندگان از ایجاد تعادل و توازن میان حقوق فردی و مصالح جمعی یاد کرده و یافتن گونه‌ای سازگاری و تطبیق درخور میان این دو ارزش نظام اجتماعی را وظیفه‌ی نظریه پردازان و نهادهای مسئول قلمداد نموده‌اند. آنان مدعی شده‌اند که در یک جامعه‌ی نسبتاً خوب می‌توان نوعی سازگاری میان آن حقوق و این منافع ایجاد کرد تا شرایطی فراهم شود که هر فرد بتواند توانایی‌های شخصی خود را در هماهنگی با منفعت همه توسعه دهد،^۹ نه این که یکی را فدای دیگری سازد.

بر این مبنا، به جای اعتقاد به حاکمیت مطلق حق بر مصلحت و یا قربانی کردن بی‌چون و چرای حق در پای مصلحت، لازم می‌نماید راه‌کاری مناسب برای حل تنش مجادله‌آمیز میان حقوق فردی و مصالح جمعی اندیشیده شود. این امر تا حدودی، وابسته به ارائه‌ی یک نظریه‌ی سازگار و هم‌گرا در مورد نسبت میان حقوق فردی و مصلحت عمومی است. طرح و بیان ایده‌ی تعادل یا توازن، راه‌کار مناسبی را برای حل تعارض میان

7. Luban, D. and Goldstone R., "The Tension between Combating Terrorism and Protecting Civil Liberties", in: Human Rights in the War on Terror, op.cit., pp. 245-249.

8. Freeman, M., "Order, Rights and Threats: Terrorism and Global Justice", in: Human Rights in the War on Terror, op.cit., p. 37.

۹. بودنهايمر، ادگار، «درآمدی بر تئوری مصلحت عمومی»، ترجمه‌ی محمد راسخ، در: حق و مصلحت (مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش)، تهران، انتشارات طرح نو، ۱۳۸۷، ص. ۱۲۲.

حقوق فردی و منافع جمعی در عمل، فراهم می‌آورد. بر طبق این ایده، همواره ضروری است که حق‌های فردی را در برابر منافع جمعی - حتی در اوضاع و احوال عادی و متعارف - متوازن سازیم. به این معنا که میان حق افراد در انجام آن‌چه می‌خواهند و نیاز به حفظ کیان جامعه در برابر صدمات احتمالی ناشی از اعمال حقوق فردی، تعادل و توازن برقرار نماییم.^{۱۰}

در نوشتار پیش رو کوشش خواهیم کرد تا پس از تبیین و تحلیل نظریات تقدم‌گرا، به معرفی ایده‌ی تعادل پرداخته و لوازم منطقی آن را تا حدودی تشریح نماییم.

نظریه‌های تقدم‌گرا

در تلاش برای حل تعارضات احتمالی میان الزامات مربوط به تامین حقوق فردی و اقتضانات ناشی از تضمین منافع جمعی، نظریه‌پردازان فلسفه‌ی سیاسی مدرن، راه‌کارهای متفاوتی را در پیش گرفته‌اند. برخی از آن‌ها، با اولویت بخشیدن به منافع فردی و تعریف و تنظیم نظامات جامعه بر مبنای فرد صاحب حق، ایده‌ی حاکمیت حق بر مصلحت را ارائه نموده و برخی دیگر با تاکید بر اهمیت جامعه برای تعیین هویت شخصی افراد انسانی^{۱۱}، اندیشه‌ی حقوق فردی را به نوبه‌ی خود، مستلزم فرض وجود جامعه و درجه‌ای خاص از تعلق بدان قلمداد کرده^{۱۲} و نظریه‌ی تقدم مصلحت عمومی بر حقوق فردی را مطرح ساخته‌اند. در این قسمت از نوشتار به معرفی اجمالی تئوری‌های مطروحه پرداخته و ایرادات وارد بر هر یک را تبیین و تحلیل خواهیم کرد.

10. Fallon, Richard H., "Individual Rights and the Powers of Government", Georgia Law Review, Vol. 27, 1993, p. 343.

11. Kymlicka, Will, Liberalism, Community and Culture, New York, Oxford University Press, 1989, p. 253.

12. Raz, Joseph, The Morality of Freedom, New York, Oxford University Press, 1986, pp. 250-55.

ایده‌ی حاکمیت حق

نظام‌های فکری گوناگون، شیوه‌های کاملاً متفاوتی را برای حل تنش و تعارض میان حقوق فردی و منافع جمعی به کار گرفته‌اند. برخی از آن‌ها، که طرف‌دار اصالت فرد و قائل به برتری حقوق فردی بر مصلحت عمومی‌اند، هدف اصلی اقدامات حکومتی را حفظ و تضمین حقوق و آزادی‌های شهروندان قلمداد نموده و قلمرو مصلحت عمومی را به همین کارکرد فروکاسته‌اند.^{۱۳} از این میان عده‌ای، برای توضیح برتری حقوق فردی بر منافع جمعی، این ایده را مطرح ساخته‌اند که قضات به هنگام برخورد با تعارض حقوق شهروندان با مصالح جامعه، بایستی حقوق فردی را به مثابه «مرجعی عملی»^{۱۴} در نظر گیرند که دلیلی را فراهم می‌سازد که با وجود این باور که بر مبنای بالانس دلایل، بهتر آن است که حقوق را نقض نماییم، آن‌ها را اولویت بخشیده و مورد حمایت قرار دهیم. برای توضیح این مطلب ضروری است تا تمایزی را که جوزف رز میان دو قسم یا دو نوع از «استدلال عملی»^{۱۵} قائل می‌شود،^{۱۶} تبیین نماییم.^{۱۷} قسم اول از استدلال عملی، متضمن تعقیب آن چیزی است که بایستی در فرآیند بالانس دلایل انجام گیرد. این یک واقعیت از زندگی روزمره‌ی ماست 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. این دلایل ممکن است که از اخلاق، منفعت‌جویی شخصی و یا منابع دیگری سرچشمه گرفته

۱۳. بودنهايمر، همان، ص. ۱۲۲.

14. A Practical Authority.

15. The Practical Reasoning.

16. Raz, Joseph, Practical Reason and Norms, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 37.

۱۷. باید توجه کرد که رز خود تمایز میان این دو قسم از استدلال عملی را در این سیاق به کار نگرفته است.

باشند. ما می‌توانیم تمامی این قسم دلایل را، «دلایل مرتبه‌ی اول»^{۱۸} بنامیم. به طور معمول، ما به واسطه‌ی ارزیابی قدرت و قوت تمامی دلایل مرتبه اول و انجام اموری که توسط قوی‌ترین دلایل حمایت می‌شوند، عمل می‌نماییم. در انجام چنین «قضاوت همه‌جانبه‌ای»^{۱۹} بر مبنای تمامی ملاحظات مربوط، مراد رز از تعقیب آن چیزی است که بایستی بر مبنای بالانس دلایل انجام پذیرد.^{۲۰}

به هر روی، آن‌گونه که رز خاطر نشان می‌سازد، گاهی مردم، شیوه‌ی متفاوتی از استدلال عملی^{۲۱} را به کار می‌گیرند که متضمن تصمیم‌گیری درباره‌ی انجام آن چیزی است که باید بر مبنای «دلایل مرتبه‌ی دوم»^{۲۲} تعیین گردد. رز، مثال سربازی را مطرح می‌کند که به او دستور داده شده تا کاری را انجام دهد که بر مبنای بالانس دلایل قابل توجیه نمی‌داند. رز استدلال می‌کند که سرباز ممکن است دستور صادره را به مثابه «دلیل حذفی یا طردکننده»^{۲۳} قلمداد نموده و بر اساس آن، تصمیم خود بر مبنای بالانس دلایل را کنار بگذارد.^{۲۴}

رز ادعا می‌کند که این شیوه، اصالتاً شیوه‌ای متفاوت از استدلال عملی است.^{۲۵} اگرچه دستور فرمانده خطاب به سرباز، یک دلیل مرتبه‌ی 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

18. The First-Order Reasons.

19. The All-things-considered Judgment.

20. Ibid.

۲۱. اصطلاح مزبور، در فلسفه اغلب با استدلال نظری مقایسه می‌شود. برخی نظریه‌پردازان، این اصطلاح را در معنای موسع یا عامیانه‌ی آن، نزدیک به معنای «فهم متعارف» به کار می‌برند. نک. بیکنس، بریآن، فرهنگ نظریه حقوقی، ترجمه و پیشگفتار محمد راسخ، تهران، نشر نی، ۱۳۸۹، ص. ۷۵.

22. The Second-order Reasons.

23. The Exclusionary Reasons.

24. Ibid., pp. 38-39.

25. Ibid., pp. 38, 44-45.

بالانس دلیل جدید با دلایل مرتبه‌ی اول پیشین اجرا نمی‌کند. به عبارت دیگر، موضوع این نیست که سرباز به دستور عمل می‌کند چرا که وزن بیش‌تری به عنوان یک دلیل مرتبه‌ی اول برای آن قائل است، بلکه حتی اگر وی بر مبنای بالانس دلایل، وزن کم‌تری برای آن در نظر گیرد، باز هم به دستور عمل خواهد کرد، چرا که دلایل مرتبه‌ی اول متعارض از بررسی وی کنار گذاشته شده و دیگر دلیلی برای بالانس در برابر دلیل مرتبه‌ی اول جدید باقی نخواهد ماند.^{۲۶} رز این ترکیب دلیل مرتبه‌ی اول جدید و دلیل طردکننده برای کنارگذاشتن دلایل موجود علیه دلیل جدید را، «یک دلیل حمایت‌شده»^{۲۷} می‌نامد.^{۲۸} یک دلیل، زمانی حمایت‌شده قلمداد می‌شود که آن‌گونه که لوئیس‌ای‌فیلدمن^{۲۹} توضیح می‌دهد «هیچ مخالفت قابل دوامی»^{۳۰} در ترکیب کلی دلایل نسبت به آن وجود نداشته باشد.^{۳۱} هنگامی که سرباز، بالانس خود از دلایل را کنار می‌گذارد و به سادگی از دستور فرمانده اطاعت می‌کند، او فرمانده را به مثابه آن‌چه رز «مرجعی عملی» - کسی که فرمانش، دلیل کافی برای عمل نکردن بر مبنای دلایل دیگر قلمداد می‌شود - اطلاق نموده، در نظر می‌گیرد.^{۳۲}

رز مدعی است که در موارد مشخصی، این کاملاً منطقی است که ما در کل، بر اساس دلایل طردکننده عمل کنیم. برای نمونه ما ممکن است بر این باور باشیم که ارزیابی

26. Ibid., pp. 41-43.

27. A Protected Reason.

28. Raz, Joseph, *The Authority of Law*, New York, Oxford University Press, 1983, pp. 17-18.

29. Louise E Feldman.

30. No Viable Opponents.

31. Feldman, Louise E., "Originalism through Raz-Colored Glasses", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 140, 1992, pp. 1389-1398.

32. Raz, *The Morality of Freedom*, op.cit., p. 35.

«یک مرجع»^{۳۳} در خصوص مزایای یک امر، قابل اتکاتر از قضاوت خود ماست.^{۳۴} در این صورت، مرجع مزبور در حقیقت «خدمتی»^{۳۵} را به ما ارائه نموده است.^{۳۶} بدین ترتیب، این عده از قائلین به حاکمیت حق، با تمسک به استعاره‌ی «حق به مثابه دلیل حذفی یا پردکننده» حقوق را به عنوان مرجعی عملی در نظر می‌گیرند که در صورت طرح بر تمامی ادعاهای متعارض موجود چیره خواهد شد.

به هر روی، اگرچه این ایده که افراد صاحب حق‌اند و حق‌های مزبور محدودیت مهمی را بر آنچه دولت می‌تواند تحت نام مصلحت عمومی انجام دهد، وارد می‌کنند، امروزه موضع نظری آشنایی در فلسفه‌ی سیاسی مدرن است.^{۳۷} اما پذیرش حاکمیت بی‌قید و شرط حقوق فردی بر مصالح جمعی، در تمامی شرایط، انتخاب درستی به نظر نمی‌رسد. طبق نظر ایگناتیف این باور که حقوق و تضمینات موجود ما، نباید هرگز معلق شوند، یک تکه از کمال‌گرایی اخلاقی است. این ادعا که انتخاب بهتری جز دفاع از این حقوق وجود ندارد از این گمان باطل نشأت گرفته که در خصوص تهدیدات وارده بر موجودیت جامعه در اثر اعمال بی‌حد و حصر آزادی‌های فردی اغراق شده است.^{۳۸} بنابراین این که بپذیریم افراد در برابر دولت، صاحب حق‌اند به این معنا نیست که دولت هرگز نمی‌تواند آن حق را کنار بگذارد. برای نمونه هرچند شهروندان حق بر مالکیت خصوصی دارند، حکومت می‌تواند به هنگام ضرورت، برای تامین حداقل امکانات معیشتی شامل خوراک، پوشاک و

33. An Authority.

34. Ibid., p. 52.

35. A Service.

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

۳۷. والدرون، جرمی، «فلسفه حق»، ترجمه و پیشگفتار محمد راسخ، در: حق و مصلحت، پیشین، ص. ۱۶۲.

38. Ignatieff, M., The Lesser Evil: Politics in an Age of Terror, Princeton, Princeton University Press, 2004, p. 123.

سرپناه،^{۳۹} آن حق را کنار بگذارد. بر این اساس، در حالی که در گذشته افرادی که با مسائل مربوط به حفظ کیان ملی در چارچوب دموکراسی‌های آزادی‌خواه سر و کار داشتند، تعلیق یک‌سره‌ی حقوق و آزادی‌های فردی را نمی‌پذیرفتند، امروزه این ایده که حق‌های بشری به هنگام نیاز می‌توانند کنار گذاشته شوند، توسط بسیاری به عنوان واکنشی عقلانی به خطراتی که ادعا می‌شود جامعه با آن مواجه است، پذیرفته شده است.^{۴۰} در واقع، امروزه بحث اضطرارگرایی^{۴۱}، از چنان اهمیت و جدیتی برخوردار گردیده که بسیاری ادعا کرده‌اند، آزادی‌خواهان و سازمان‌های حقوق بشری هر دو باید ادعاهای مبتنی بر منحصر به فرد بودن شرایط اضطراری را کنار گذاشته و به شرایط جدید با تعدیل نهادها، عملکردها، رویه‌ها و قوانین پاسخ بگویند.^{۴۲} به دیگر سخن، به ویژه پس از وقوع حوادث تروریستی یازده سپتامبر، این گونه ادعا می‌شود که ما در درون «یک وضعیت اضطراری ادامه‌دار»^{۴۳} قرار گرفته‌ایم که به واسطه‌ی ماهیت تهدیدات فوق تروریستی نمی‌توانیم پایانی برای آن متصور باشیم.^{۴۴} به طور مختصر، آنچه قبلاً به عنوان وضعیتی استثنایی قلمداد می‌شد، امروزه به یک وضعیت عادی تبدیل شده است. این ادعا که یازده سپتامبر، وضعیت اضطراری رور به رشدی را ایجاد نموده که بازسازی‌های بنیادین سیاسی و حقوقی

۳۹. برای آشنایی بیش‌تر با مفهوم و مصادیق مصلحت عمومی نک. راسخ، محمد؛ بیات کمیتکی، مهناز، «مفهوم مصلحت عمومی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره‌ی ۵۶، زمستان ۱۳۹۰ - بیات کمیتکی، مهناز، «ارزیابی مفهوم مصلحت عمومی در قوانین اساسی مشروطه و جمهوری اسلامی ایران»، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد به راهنمایی دکتر محمد راسخ، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۵.

40. Trib. LH. and Gudridge, PO., "The Anti-Emergency Constitution", Yale Law Journal, Vol. 113, 2004, p. 127.

41. The Exeptionalism.

42. Ibid., p. 181.

43. A Continuing State of Exception.

44. Agamben, G., The State of Exception, Chicago, Chicago University Press, 2005, pp. 37-40.

گسترده‌ای را می‌طلبد، اکنون با اقبال مقاومت‌ناپذیری روبه‌رو شده است.^{۴۵} حتی کسانی که انجام چنین اقداماتی را مورد تردید قرار می‌دهند، بر این واقعیت صحه می‌گذارند که این پذیرش کلی در سایه‌ی حوادث یازده سپتامبر به وجود آمده که برخی تعدیلات در قلمرو آزادی‌های مدنی گریزناپذیر می‌باشد.^{۴۶} بنابراین از نظر بسیاری، جست‌وجوی یک ادبیات نوین برای هم‌نشین ساختن حقوق فردی و منافع جمعی، در حقیقت جست‌وجویی است برای زبانی که می‌تواند تصورات رایج حقوقی و سیاسی را در چارچوب شرایط جدید پالایش نموده و دگرگون سازد.

افزون بر این، تلاش برای مفهوم‌سازی حق‌ها به عنوان مرجعیت‌های عملی و دلایلی پردکننده، هم‌چنین با این ایراد ماهوی روبه‌روست که حقوق افراد را مطلق قلمداد می‌نماید، این در حالی است که حق‌ها بنا به گواهی اسناد متعدد حقوق بشری^{۴۷} لزوماً مطلق نبوده و لذا نمی‌توانند در تمامی شرایط، مانع در نظر گرفتن ملاحظات مربوط به مصلحت عمومی جامعه شده و قضات را از انجام بالانس میان حقوق فردی و منافع جمعی بازدارند. در کنار طرح ایده‌ی «حق به‌مثابه دلیل حذفی یا بازدارنده»، برخی دیگر از نظریه‌پردازان، «روی کرد ارزیابی دوباره»^{۴۸} را اتخاذ نموده و بر مبنای آن بیان داشته‌اند که باید حقوق فردی را به مثابه منبعی از دلایل مرتبه‌ی دوم یا دلایل مجدد ارزیابی‌کننده در نظر گرفت.^{۴۹} چنین دلایلی موجب می‌شوند تا قضات به جای تصمیم‌گیری بر مبنای بالانس

45. Lazarus, and Goold, op.cit., p. 2.

46. Waldron, Jeremy, "Security and Liberty: The Image of Balance", the Journal of Political Philosophy, Vol. 11, 2003, pp. 191-92.

۴۷. برای مطالعه‌ی بیش‌تر نک. قربان‌نیا، ناصر، «محدودیت آزادی‌ها»، در: حقوق بشر در جهان معاصر، پیشین، صص. ۴۳۲-۴۲۶.

48. The Reweighting Approach.

۴۹. تفاوت میان این دو دیدگاه آن است که در ایده‌ی حق به‌مثابه دلیل پردکننده، حقوق افراد به عنوان مرجعی عملی در نظر گرفته می‌شوند که تمامی دلایل متعارض را از میان به در کرده و فرایند بالانس را

عادی دلایل، حق‌ها را نسبت به منافع عمومی واجد ارزش و اهمیت بیش‌تر تلقی نموده و وزن سنگین‌تری به آن‌ها اعطا نمایند.^{۵۰} الگوی مذکور ضمن پذیرش این مطلب که حق‌ها نمی‌توانند تحت هر شرایطی مانع در نظر گرفتن منافع عمومی شوند، تمایل سیستماتیک خود به عدم جواز نقض حقوق را اعلام می‌دارد. بر طبق این روی‌کرد، مصلحت عمومی یک مخالف احتمالی و قابل دوام حق‌هاست، اما مخالفی که با نقص و ضعف عمل می‌کند.^{۵۱} 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. تبیین فردریک اسکوار از ماهیت حق، محتوای کلی روی‌کرد ارزیابی دوباره را به خوبی نشان می‌دهد. وی در توصیف ماهیت حق، عبارت «حق به مثابه سپر»^{۵۲} 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، چماق‌ها، مشت‌ها و گلوله‌های کوچک محافظت می‌کند، اما قطعا نمی‌تواند از وی در برابر تجهیزات نظامی قوی‌تر، بمب‌ها و یا

←

فاقد موضوعیت می‌سازد. این در حالی است که در روی‌کرد ارزیابی دوباره، حقوق به عنوان دلایل مرتبه‌ی دوم تلقی شده که از وزنی مضاعف برخوردار بوده و به جز در شرایط کاملاً استثنایی بر سایر دلایل متعارض موجود چیره می‌گردند. بر طبق این ایده، قضات موظفند وزنی غیرمتعارف برای حقوق در نظر گرفته و تنها در صورت وجود منفعت عمومی بسیار مهم و عمده، اجازه‌ی تحدید حق‌ها را صادر نمایند. در این روی‌کرد، مسئله‌ی اصلی هم‌چنان، «مقایسه‌ی هزینه‌ها با مزایا» است. بدین معنا که چنان‌چه با وجود اعطای وزن مضاعف به حقوق، بازهم در نتیجه‌ی موازنه‌ی حقوق و منافع در دستگاه محاسباتی مجدداً ارزیابی‌کننده، مزایای نقض حق بسیار بیش‌تر از هزینه‌های آن بود، آن‌گاه امکان تحدید حق‌ها در جهت تامین منفعت عمومی مورد بحث فراهم خواهد آمد.

50. Perry, Stephen R., "Judicial Obligation, Precedent and the Common Law", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 7, 1987, pp. 215, 221-222.

51. Ibid., p. 223.

52. Rights as Shields.

آتش توپ‌ها محافظت کند».^{۵۳}

در حالی که در الگوی بالانس، حق‌ها صرفاً به عنوان یکی از دلایل مرتبه‌ی اول قلمداد می‌گردند که به ترکیب دلایل مرتبه‌ی اولی که قاضی باید آن‌ها را مورد بررسی قرار دهد، افزوده می‌شوند، رویکرد ارزیابی دوباره، حقوق فردی را به مثابه دلایل مرتبه‌ی دوم تلقی می‌نماید که رهنمونی کلی برای چشم‌پوشی قاضی از وزنی که بر مبنای بالانس دلایل مرتبه‌ی اول به آن‌ها اعطا می‌نمود، فراهم می‌سازد. بر مبنای این رویکرد، به هنگام تعارض حقوق فردی با منافع جمعی، دادگاه‌ها نباید هزینه‌ی وارده به دارنده‌ی حق را در برابر سود حاصله برای جمع سنجیده و اندازه‌گیری کنند، بلکه باید ادعاهای دارنده‌ی حق را واجد اولویت ماهوی (ونه لزوماً مطلق) قلمداد نمایند.^{۵۴} این از آن روست که میان حق‌ها و منافع «تفاوتی بنیادین و کیفی»^{۵۵} وجود دارد. بر مبنای این ایده، حق‌ها به حوزه و قلمرو عدالت تعلق داشته و منافع به حوزه و قلمرو نتایج تعلق دارند، لذا قابل قیاس با یکدیگر نیستند.^{۵۶} بدین ترتیب، درست یا نادرست بودن نقض حق‌ها را نمی‌توان در برابر منافع اجتماعی‌ای که از نقض آن‌ها حاصل می‌شوند، سنجیده و ارزیابی نمود.^{۵۷} برخی از مدافعان این تئوری برای اثبات صدق مدعای خود به قیاس میان دلایل مربوط به وفای به عهد و دلایل مربوط به حمایت از حق‌ها پرداخته و اذعان داشته‌اند همان‌گونه که وجود

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

54. Perry, Stephen R., "Second- Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory", Southern California Law Review, Vol. 62, 1989, pp. 930-932.

55. A Fundamental and Qualitative Difference.

56. Rawls, John, A Theory of Justice, Cambridge, Harvard University Press, 1971, pp. 446-452.

57. Schauer, "Commensurability and its Constitutional Consequences", op. cit., pp. 785-790.

یک قول، دلیلی را فراهم می‌سازد تا دعوت به ناهار از سوی یک دوست را نپذیرفته و ملاحظاتی هم‌چون کیفیت غذا را در نظر نگیریم، حق‌ها نیز نسبت به تغییر در ترازی هزینه‌های اجتماعی حساس نبوده و لذا نباید به دلیل تغییرات عادی در محاسبات منفعت عمومی نقض شوند.^{۵۸}

از نظر مدافعان تئوری مذکور، منبع ارزش حق‌ها و منافع عمومی یکی نبوده و ارزش‌های مزبور از دیدگاه‌هایی متفاوت نشأت می‌گیرند. دیدگاه‌هایی که مهم اما اساساً «غیرقابل فروکاستن»^{۵۹} به یک منشا مشترک‌اند. این امر، بدین معنا نیست که تعارض میان این ارزش‌های متفاوت، غیرقابل حل است، بلکه مبین این معناست که قطعاً، هیچ‌گونه «فرایند بررسی واحدی»^{۶۰} برای ارزیابی حقوق فردی و منافع جمعی با یکدیگر وجود ندارد.^{۶۱}

به موجب این ایده، افراد انسانی صاحب حق‌اند و حق‌های مزبور محدودیت مهمی بر آن‌چه دولت می‌تواند تحت عناوین مصلحت عمومی، امنیت ملی و کیان جامعه انجام دهد، وارد می‌کنند. با اتخاذ همین روی‌کرد، پاره‌ای از نظریه پردازان مدعی شده‌اند که حق هم‌چون دلیل حاکم یا برگی برنده بوده که در صورت طرح بر تمامی ادعاهای متعارض جامعه یا دولت چیره خواهد شد.^{۶۲} دورکین، ایده‌ی حق را در برابر نظریه‌ی «اصالت منافع جمع» و ادعاهای مبتنی بر مصلحت عمومی قرار داده و براین باور پای می‌فشارد که حق‌ها

58. Waldron, op.cit., p 196 .

59. Irreducible.

60. Single-Consideration Procedure.

61. See: Taylor, Charles, "The Diversity of Goods", in: Utilitarianism and Beyond (ed.), Amartya Sen and Bernard Williams, New York, Cambridge University Press, 1982, pp. 129-143.

۶۲. راسخ، «نظریه حق»، پیشین، ص. ۴۰۲.

در واقع «برگ‌های برنده»^{۶۳} یا دلایلی حاکم هستند که نمی‌توان به بهانه‌ی مصلحت عمومی و منافع کثیر، آن‌ها را زیر پا گذاشت.^{۶۴} هابرماس نیز از ایده‌ی آشنای حاکمیت حق پشتیبانی نموده و تاکید می‌کند حق‌ها، «نیروی توجیه‌کنندگی بیش‌تری»^{۶۵} نسبت به منافع جمعی داشته، لذا احترام به آن‌ها بر تعقیب رفاه اجتماعی اولویت دارد.^{۶۶} 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، لذا اجرای آن ضروری خواهد بود. در این صورت، اصل بر آزادی عمل شهروندان بوده و دخالت‌های حکومتی در قالب نقض اراده‌ی آزاد اشخاص و یا در قالب صدور فرامین الزام‌آور، فرع و استثنایی بر آن اصل خواهد بود.^{۶۷}

بر مبنای این نظریه، محدود کردن یک حق، باید بسیار جدی‌تر از متورم نمودن آن تلقی گردیده و تنها وقتی که دلایلی مجاب‌کننده در اختیار باشد؛ دلایلی که با مبانی حق یادشده سازگاراند؛ به محدودسازی حق مبادرت نمود. این که جامعه باید برای بسط و گسترش یک حق پذیرفته‌شده، قدری بیش‌تر هزینه بپردازد، استدلال قانع‌کننده‌ای برای محدودسازی آن حق توسط حکومت نخواهد بود. با این همه در صورتی که حکومت نشان دهد که در صورت اعمال و اجرای آن حق، هزینه‌ی متحمل بر جامعه، صرفاً یک

63. Rights as Trumps.

۶۴. دورکین، رونالد، «حق چون برگ برنده»، ترجمه و پیشگفتار محمد راسخ، نامه مفید، شماره‌ی ۲۹، ۱۳۸۱، ص. ۸.

65. Greater Justification Force.

66. Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy* (ed.), William Rehg, Cambridge, Polity Press, 1996, p. 259.

۶۷. هریسون، راس، «حکومت و اخلاق»، ترجمه و پیشگفتار محمد راسخ، در: حق و مصلحت، پیشین، ۷۹.

هزینه‌ی زیاد نبوده، بلکه آن قدر زیاد است که بسیار بیش‌تر از هزینه‌ای است که برای اعطای حق اولیه‌ی 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 باید به هنگام محدودسازی حق اطمینان حاصل کند که ضرر وارد بر جامعه در صورت اعمال و اجرای حق، بسیار «مهم، عمده و آشکار» خواهد بود.^{۶۸}

بدین ترتیب، بر مبنای یک روی‌کرد حق‌بنیاد، قطعاً درست نیست که بگوییم متورم‌نمودن حق‌ها، به اندازه‌ی تجاوز به آن‌ها دارای اهمیت است. اگر حکومت به نفع یک فرد مرتکب خطا شود، صرفاً مقصداری بیش از آن‌چه باید، برای نظام اقتصادی، اجتماعی هزینه خواهد کرد؛ اندکی بیش از آن‌چه پیشاپیش برای هزینه کردن آن مصمم بوده است. اما اگر بر علیه فرد مرتکب اشتباه شد، اهانت وارده به کرامت ذاتی و گوهر انسانی او بسیار سنگین و گزاف خواهد بود و دولت مبلغ بسیار زیادتری نسبت به هزینه‌ی پیشین متحمل خواهد شد تا بتواند آن اهانت را جبران نماید.^{۶۹} روی‌کرد مذکور را می‌توان به روشنی در این ضرب‌المثل متداول ملاحظه نمود که: «بهتر است ده گناه‌کار آزاد باشند، تا یک بی‌گناه در زندان».^{۷۰}

اما پرسش آن است که به راستی چرا قاضی باید از بررسی مورد به مورد اهمیت منافع در خطر ممانعت نموده و حق‌ها را به عنوان دلایل مرتبه‌ی دوم یا قواعدی در نظر گیرد که بایستی مورد احترام قرار گرفته و حتی در اوضاع و احوالی که قضات برخلاف آن فکر می‌کنند، حمایت شوند؟ چگونه می‌توان اخلاقاً این موضوع را قابل توجیه دانست که اهمیت حمایت از حق‌ها را مصنوعاً افزایش داده و منافع جمعی را در برابر، کم‌اهمیت

۶۸. دورکین، رونالد، «جدی گرفتن حق‌ها»، ترجمه‌ی محمد راسخ، در: حق و مصلحت، پیشین، صص ۲۴۵-۲۴۸.

۶۹. همان، ص. ۲۴۳.

70. It's better that ten guilty men go free than one innocent man be in jail.

قلمداد کنیم؟ آیا این کار، ارزش‌گذاری غیرمعقول برای حق‌ها نیست؟ بر چه اساس و با اتکا به کدام دلیل، مصلحت عمومی را متعلق به حوزه‌ی نتایج دانسته و بخشی جدایی‌ناپذیر از سرزمین عدالت قلمداد نمی‌کنیم؟ آیا حق، تنها لازمه‌ی عدالت است و تمامی اقتضائات عدالت در روابط بین‌الذنهانی را پوشش می‌دهد؟ پاسخ آشکارا منفی است.

حق، ادعای فردی تضمین‌شده‌ای است که در صورت اظهار از سوی فرد، با اتکا به حمایت قدرت عالی سیاسی، تامین و تضمین می‌شود. مفهوم و نهاد حق به منظور حراست و پاسداری از کرامت ذاتی و شخصیت انسانی افراد در برابر حکومت و جامعه طراحی شده و بدین جهت از خصیصه‌ای فردی برخوردار است. به دیگر سخن، حق با آن بخش یا وجه از زندگی افراد در ارتباط است که در پیوندی تنگاتنگ با منافع فردی قرار دارد. البته، وجه یادشده تنها وجه یا بُعد از حیات انسان را تشکیل نمی‌دهد؛ جمع نیز از آن جهت که جمع است، منافع و مصالحی دارد که باید به طریقی متناسب با آن هویت تامین و برآورده شوند. بر این بنیاد، حق، امری حداقلی است. حق، تنها بخشی از اقتضائات عدالت در حیات انسانی بوده و قطعاً تمامی آن نیست. مهم بودن ادعاهای ارزشی‌ای ذیل عنوان حق، به معنای آن نیست که تنها این گونه ادعاها ارزشمند بوده و نمی‌توان هیچ‌گاه ادعاهای هنجاری دیگر نظیر مصلحت عمومی را مطرح ساخت.^{۷۱} نهاد حق، ابزار تامین کیان فردی است و بخشی مهم از اقتضائات منطقی عدالت در زندگی بین‌الذنهانی را پوشش می‌دهد. در مقابل نهاد مصلحت نیز وسیله‌ی حفاظت از کیان جمعی بوده و پاره‌ای دیگر از مقتضیات عدالت در روابط میان انسان‌ها را مطرح می‌سازد.^{۷۲} مصلحت عمومی به مثابه آن دسته اموری که حیات تمامی انسان‌ها به عنوان اعضای جامعه را تحت تاثیر قرار می‌دهند^{۷۳} و در حقیقت،

۷۱. راسخ، «نظریه حق»، پیشین، ص. ۳۸۵.

۷۲. برای مطالعه‌ی بیش‌تر رک. راسخ و بیات کمیتکی، پیشین.

73. Barry, B., "The Public Interest", in: Political Philosophy (ed.), A. Quinton, London, Oxford University Press, 1977, pp. 114-119- Held, V., The Public and Individual Interest, New York, Basic Books, 1970, pp. 115-118.

منافع مشترک افراد به مثابه اعضای جامعه قلمداد می‌شوند،^{۷۴} به نحو پیشینی پاره‌ای «موارد کلی و حداقلی» را در بر می‌گیرد که به حیث جمعی زندگی افراد پیوند خورده و نبود آن-ها اصل حیات جمعی را «قطعاً» تهدید خواهد کرد.^{۷۵}

عدالت در حقیقت با تامین شخصیت فردی توسط نهاد حق و تضمین کیان جمعی با تمسک به نهاد مصلحت، هر دو جنبه‌ی فردی و اجتماعی حیات انسانی را پوشش داده و به اقتضائات منطقی هر دو توجه می‌نماید.^{۷۶}

به تعبیر یکی از نویسندگان، درست است که حق در سرزمین عدالت جای دارد ولی تمام این سرزمین را نمی‌پوشاند. حق یک امر فردی است و از شخص بودن فرد انسانی در مقابل دیگر انسان‌ها دفاع می‌کند. در مقایسه، عدالت صرفاً با فرد و امور فردی سر و کار ندارد. عدالت باید مسائل فردی و جمعی را در شبکه‌ی «روابط انسانی» در یک جامعه‌ی سیاسی تمشیت کند. به طور کلی، در تلاش برای ایجاد یک نظام سیاسی عادلانه، نه می‌توان وجوه جمعی حیات انسانی را به قیمت توجه به فرد نادیده گرفت و نه می‌توان فردیت انسان را در پای نفع جمع قربانی کرد. حق، لازمه‌ی حداقلی عدالت است و بدون آن اساساً شخصیتی از انسان باقی نمی‌ماند تا به دیگر وجوه عدالت برسیم. ولی این امر بدان معنا نیست که وجه اجتماعی زندگی فرد و آن بخش از وجود او را که در رابطه‌ای تنگاتنگ با منافع جمعی قرار دارد به کلی کنار بگذاریم. عدالت، در حقیقت، با تامین شخصیت فردی (کیان فرد) و مدنظر قرار دادن مصلحت جمعی (کیان جمع) در پی ایجاد

74. Barry, B., "The Use and Abuse of the Public Interest", in: *The Public Interest* (ed.), C.J. Friedrich, New York, Athenton Press, 1967, pp. 195-196.

۷۵. برای تفکیک میان ویژگی «قطعی» و «احتمالی»، نک. دورکین، «جدی گرفتن حق‌ها»، پیشین، صص. ۲۵۳-۲۱۷.

Meyerson, D., "Why Courts Should Not Balance Rights Against The Public Interest", *Melbourne University Law Review*, Vol. 31, 2007, pp. 801-830.

۷۶. برای مطالعه‌ی بیش‌تر نک. راسخ، «نظریه حق»، پیشین، صص. ۴۱۶-۳۸۳.

توازن میان نهاد حق و نهاد مصلحت است. این که گفته می‌شود عدالت باید میان آزادی‌ها توازن برقرار کند، روی دیگر همین ادعاست. برای مثال، درست است که تک‌تک انسان‌ها حق بر آزادی بیان دارند، ولی زمانی که یک کشور درگیر جنگ است و کیان یک ملت، از جمله امنیت شخص اعمال‌کننده‌ی حق بر آزادی بیان، در خطر قرار دارد آیا می‌توان گردش آزاد اطلاعات را به دلیل حق بر آزادی بیان، تضمین و تامین کرد؟ هم‌چنین، آیا می‌توان اجرای حقوق مالکیت و تجارت را تا آن‌جا مورد حمایت قرار داد که به آلودگی محیط زیست و به خطر افتادن سلامتی تک‌تک شهروندان، حتی سلامتی شخص اعمال‌کننده‌ی حق مالکیت و آزادی قرارداد، منتهی شود؟ پیداست که پاسخ منفی است.^{۷۷}

ایده‌ی تقدم مصلحت عمومی

راه‌حل نظری دیگری که برخی متفکران و ثنوری‌پردازان، از جمله معتقدان به اصالت جمع، برای حل تعارض میان حقوق فردی و مصلحت عمومی بدان توسل جستند، آن است که حق‌های فردی به طور کامل تابع اقتضائات مصلحت عمومی گردیده و بر این مبنا، تصمیم به اعطا، بازپس‌گیری، محدودیت یا گسترش حق‌های فردی منحصر بر اساس ملاحظات مربوط به مصلحت عمومی انجام شود.^{۷۸} از جمله‌ی این متفکران می‌توان به جرج ویلهلم فردریک هگل اشاره کرد. او در انتقاد به فردگرایی انتزاعی انقلابیون فرانسه بر این مسئله پای می‌فشارد که فرد هم‌چون یک ذره‌ی مجزا نیست، بلکه او در ارتباط با دیگر افراد قابل تصور است.^{۷۹} از دیدگاه هگل، آدمیان مقدر به آزادبودن هستند، لیکن آزادی آن‌ها تنها در صورتی می‌تواند محقق شود که آن‌ها جزئی از کل، یعنی دولت،

۷۷. همان، صص ۴۰۷-۴۰۶.

۷۸. بودنهايمر، پیشین، ص. ۱۲۰.

۷۹. لنکستر، لین. و. ، خداوندان اندیشه سیاسی، جلد سوم، ترجمه‌ی علی رامین، تهران، انتشارات امیرکبیر،

۱۳۸۰، قسمت اول، ص. ۱۲۵.

باشند. از نظر او، دولت آفریده‌ی یگانه‌ی روزگار جدید است که برتری اخلاقی آن در این واقعیت نهفته است که وسیله‌ی رفع نیازهای آدمیان، هر قدر هم که اعلا باشند، نیست، بلکه خود غایت است.^{۸۰} آن‌چه دولت از طریق ارگان‌های حکومتی خود فرمان می‌دهد، دقیقاً همان است که اعضای کاملاً اخلاقی شده‌ی آن، به دل خواه هم چون تکالیف خود می‌پندارند. درست است که فرد، آزادی خویش را اراده می‌کند، لیکن به مثابه موجودی منتزع و مجزا از جامعه چنین چیزی را اراده نمی‌کند. اراده‌ی فرد به عنوان عضوی از اجتماع، با اراده‌ی گروهی که به آن متعلق است، اشتراک دارد و آزادی، همان اطاعت از اراده‌ی گروه است. بنابراین ارزش خواسته‌های فردی بر انطباق آن‌ها بر مرحله‌ای از خیر عمومی مبتنی است که در اهداف پذیرفته شده‌ی جامعه، شکل می‌گیرد.^{۸۱}

در میان فیلسوفان سیاسی جدید نیز، جامعه‌گرایی^{۸۲} یک بار دیگر به عنوان نظریه‌ای مهم، از نو ظاهر شده است. از این میان، چارلز تیلور، مایکل سندل و السدیر مک/ایتنیر، پرنفوذترین مخالفت‌های جماعت‌گرایانه با تئوری حاکمیت حق را مطرح نموده‌اند.^{۸۳} آنان، اندیشه‌ی مذکور را به دلیل ابتنا بر شکل نادرستی از فردگرایی مورد انتقاد قرار داده و ادعا کرده‌اند که این نظریه، آدمیان را به عنوان موجودات «ذره‌ای»^{۸۴} منفردی لحاظ کرده که مقدم بر جامعه وجود داشته و عاری از هویتی اجتماعی‌اند.^{۸۵} از نظر جامعه‌گرایان، این

۸۰. هگل، ویلهلم فردریک گئورگ، عناصر فلسفه حق یا خلاصه‌ای از حقوق طبیعی و علم سیاست، ترجمه‌ی مهبد ایرانی طلب، تهران، نشر پروین، ۱۳۷۸، ص. ۳۴۵.
۸۱. لنکستر، پیشین، ص. ۷۲.

82. Communitarianism.

83. Jacobs, Lesley A., *An Introduction to Modern Political Philosophy: The Democratic Vision of Politics*, Prentice Hall, 1996, p. 123.

84. Atomistic.

85. Macintyre, Alasdair, "On Democratic Theory", *Canadian Journal of Philosophy*, Vol. VI, 1976, p. 181.

شکل از فردگرایی برای افراد و حقوق‌شان آن‌چنان ارزش بنیادینی قائل می‌شود که هرگونه ارزشی را که بتوان برای جماعت قائل شد، بی‌معنا می‌سازد.^{۸۶} بر این اساس، به جای آن که پای‌بندی به حقوق فردی، فضیلت نخستین نهادهای سیاسی و اجتماعی، چنان که رالز بیان کرده،^{۸۷} قلمداد شود، به توصیف چارلز تیلور، سیاست باید اولویت نخست را به زندگی اجتماعی یا خیر توده‌ها دهد.^{۸۸} زندگی اجتماعی از آن رو گریزناپذیر و غیرقابل انکار است که امکان و مکانی برای پیگیری ارزش‌های انسانی فراهم می‌نماید.^{۸۹} توضیح بیش‌تر این‌که، انسان‌ها در طول تاریخ زندگی خود به گونه‌ای تحول و تطور یافته‌اند که پاره‌ای ویژگی‌های ایشان، مانند ذهن و زبان، و رفع بیش‌تر نیازهای آنان، اعم از مادی، روانی و عقلی، بدون زیستن با یکدیگر ممکن نیست. مصلحت عمومی به مثابه وجه جمعی حیات انسان از آن جهت اهمیت و ارزش دارد که زندگی هیچ‌یک از افراد و اشخاص بدون وجود این وجه، قابل تداوم و استمرار نخواهد بود.^{۹۰}

بر طبق ایده‌ی حاکمیت مصلحت، موجودیت حقوق فردی در گرو تصور وجود جامعه‌ای مشخص و درجه‌ای خاص از تعلق بدان است.^{۹۱} افزون بر این، جامعه، هویت شخصی اعضای خود را تعیین نموده و آن را صورت‌بندی می‌نماید. آن‌طور که السدیر مک‌آینتایر توضیح می‌دهد، «من پسر یا دختر کسی هستم، عموزاده یا عموی کسی هستم.

86. Taylor, Charles, *Philosophy and Human Sciences*, Philosophical Paper 2, New York, Cambridge University Press, 1985, p. 188.

87. Rawls, op.cit., p. 3.

88. Taylor, Charles, *Cross Purposes: Liberal Communitarian Debate in Liberalism and the Moral Life* (ed.), Nancy Rosenblum, Cambridge, Harvard University Press, 1989, pp. 159-160.

89. Kymlicka, op.cit., p. 253.

۹۰. راسخ و بیات کمیتکی، پیشین.

91. Buchanna, Allen, "Assessing the Communitarian Critique of Liberalism", *Ethics*, Vol. 99, 1989, pp. 858-865.

من اهل این شهر یا آن شهر هستم، عضو این صنف یا آن حرفه‌ام. متعلق به این ایل، آن طایفه و این ملت‌م. خود به خود، من از گذشته‌ی خانواده، قبیله، شهر و ملت‌م، انواع دین‌ها، میراث‌ها، انتظارات و تعهدات را به ارث برده‌ام. این‌ها، امور از پیش داشته‌ی زندگی مرا تشکیل می‌دهند.^{۹۲}

بدین ترتیب، مدافعان نظریه‌ی تقدم مصلحت، ایده‌ی برتری حقوق فردی را به چالش کشیده و آن را فاقد انسجام درونی قلمداد می‌کنند. برای نمونه تیلر ادعا می‌کند که این اندیشه که در تبیین اخلاق سیاسی، حقوق بایستی اولویت داده شوند، بر این فرض نادرست استوار است که مفاهیم تعلق و تکلیف نسبت به جماعت، مفاهیمی ثانویه و با اهمیت کم‌تر می‌باشند،^{۹۳} چرا که بر طبق آن روی کرد، حق شما برای انجام هرآنچه می‌خواهید، به مثابه برگ برنده یا قید و بندهای جانبی‌ای در برابر محدودیت‌هایی عمل می‌کنند که ممکن است جامعه بخواهد بر آزادی شما وارد نماید.^{۹۴} هم‌چنین از نظر تیلر، اندیشه‌ی برتری حقوق، مستلزم پای‌بندی به عقیده‌ای نادرست در باب خود و هویت شخصی است. وی اذعان می‌نماید که اندیشه‌ی مذکور، آدمیان را به عنوان موجوداتی مجزا و منفرد از جامعه در نظر گرفته و نقش عضویت در جماعت‌هایی خاص برای هویت شخصی انسان‌ها را نادیده می‌گیرد.^{۹۵} سندل و مک‌ینتایر نیز این امر را مورد تاکید قرار داده و اذعان می‌دارند از آنجایی که هویت ما وابسته به نقش‌های اجتماعی‌ای است که به

92. Macintyre, Alasdair, *After Virtue*, Notre Dame, Notre Dame University Press, 1981, pp. 204-5.

93. Taylor, *Philosophy and Human Sciences*, op.cit., p. 188.

94. Macintyre, Alasdair, "Alternative Futures: Legitimacy, Identity and Alienation in Late – Twentieth Century Canada", in: *Constitutionalism, Citizenship and Society in Canada* (ed.), Alan Cairns and Cynthia Williams, Toronto, Toronto University Press, 1986, p. 211.

95. Taylor, *Philosophy and Human Sciences*, op.cit., p. 189.

عنوان اعضای جماعتی خاص به عهده گرفته‌ایم، این بدین معناست که آنچه برای یک فرد خوب است، مسئله‌ای مربوط به انتخاب فردی نبوده، بلکه بیش‌تر مربوط به کارکردهای جماعتی است که فرد بدان تعلق دارد.^{۹۶} برای نمونه، مک/یتتایر مدعی می‌شود که «آنچه برای من خوب است باید برای فردی که این نقش‌ها را ایفا می‌کند، خوب باشد».^{۹۷}

شاید قوی‌ترین پاسخ به دیدگاه جماعت‌گرایانه پیرامون نسبت میان حق و مصلحت و ایده‌ی حاکمیت منافع جمعی بر حقوق فردی، از آن لیبرال‌ها باشد. بسیاری از لیبرال‌ها چنین استدلال کرده‌اند که جماعت‌گرایان، مفهوم «خود» را که لازمه‌ی نظریه‌ای قابل فهم در باب حقوق است، بد فهمیده‌اند. چنین «خودی»، موجودی ذره‌ای نیست که خالی از تعهدات و تعلقات اجتماعی باشد. در عوض افراد می‌توانند تعهدات خود و آنچه را که بیش‌ترین ارزش را در زندگی برایش قائل‌اند، اصلاح یا تعدیل کنند. پیش‌فرض حقوق، این امکان تجدیدنظر و تغییر است و نه موجودی که هیچ تعهد یا احساس ارزش‌مندی نسبت به جماعت ندارد.^{۹۸} افزون بر این، لیبرال‌ها استدلال کرده‌اند که جماعت‌گرایان میزان کارکرد واقعی حقوق فردی را در حفظ جماعت‌های حتی سنتی دست‌کم گرفته‌اند. برای مثال، حق مصونیت از تبعیض نژادی با حمایت از اعضای منفرد گروه‌های اقلیت، به ادامه‌ی حیات آن گروه‌ها کمک می‌کند.^{۹۹}

فیلسوفانی هم‌چون آیریس یانگ نیز از چشم‌اندازی متفاوت و به شیوه‌ای رادیکال،

96. Sandel, Michael, *Liberalism and the Limits of Justice*, New York, Cambridge University Press, 1982, p. 179.

97. Macintyre, *After Virtue*, op.cit., p. 205.

98. Pogge, Thomas, *Realizing Rights*, Ithaca, New York, Cornell University Press, 1989, Ch.2- Buchanan, op.cit., pp.867-871-Moore, Margaret, *Foundations of Liberalism*, New York, Oxford University Press, 1993, pp. 183-188.

99. Moore, op.cit., p. 189.

روی کرد جماعت‌گرایانه را مورد نقد قرار داده و ارزش جماعتی با اهداف و آرمان‌های مشترک و تعیین هویتی متقابل را که مشابه انگاشته شده، به پرسش می‌گیرند. به نظر یانگ، چنین جماعتی، تفاوت‌های میان اعضایش را پنهان نموده و از عضویت کسانی که با آن سازگاری ندارند، جلوگیری می‌کند.^{۱۰۰} بنا به نظر وی، دیدگاه‌های جماعت‌گرایانه در خصوص نسبت میان حق و مصلحت، همگی ناقص‌اند زیرا مستلزم فرض وجود جامعه‌ای مافوق تمامی زنان و مردان تشکیل‌دهنده‌ی آن هستند. به باور یانگ، در برابر این چنین تقدس بخشیدن به جماعت، بایستی بی‌اعتنایی حقارت‌آمیز و خشونت‌باری را نسبت به زندگی فردی انتظار داشت. یکی از نتایج ضروری پیگیری دیدگاه مزبور، به اعتقاد آیریس یانگ، آن است که آرزوها و خواست‌های فردی در مواجهه با منافع و مصالح جمعی به سطح هوس محض تنزل یافته و کنار گذاشته خواهند شد.^{۱۰۱}

صرف‌نظر از انتقادات پیش گفته، می‌توان در پاسخ به دیدگاه جماعت‌گرایانه پیرامون نسبت میان حق و مصلحت، به این موضوع اشاره کرد که انتخاب میان حقوق و آزادی‌های فردی و منافع و مصالح جمعی، اساساً گزینشی نادرست است، چرا که شواهد تاریخی بسیار نشان می‌دهند که بی‌توجهی به منافع عمومی و کیان جمعی، اصل حیات جمعی را تهدید نموده و دست کشیدن از آزادی‌های شخصی، ابزاری را که از کرامت ذاتی و فاعلیت اخلاقی حفاظت می‌کند، در معرض مخاطره قرار خواهد داد.

حال پرسش آن است که اگر انتخاب میان حقوق فردی و منافع جمعی، انتخابی نادرست و غیرمنطقی است، به هنگام بروز تنش و تعارض میان این حقوق و آن منافع چه باید کرد؟ پاسخ این پرسش در ایده‌ی بالانس یا تعادل نهفته است.

100. Yang, Iris Marion, Justice and the Politics of Difference, Princeton, Princeton University Press, 1990, pp. 180-93.

101. Ibid., p. 94.

ایده‌ی تعادل

حقوق فردی شهروندان نمی‌تواند حتی در شرایط کاملاً عادی، وسیع و بی‌حد و مرز قلمداد شود، چرا که قطعاً هیچ‌کس با هرج و مرج موافق نیست.^{۱۰۲} هم‌چنین باید توجه کرد که قید نهادن بر برخی حق‌های فردی به منظور تضمین مصلحت عمومی می‌بایست با احتیاط کامل صورت گیرد.^{۱۰۳} باید به اندازه‌ی بیم‌ناکی از تهدیدات ناشی از اقدامات افراد برای منافع جامعه، از قدرت رو به گسترش دولت نیز هراسان بود؛ چرا که همان‌گونه که جرمی والدرون به درستی متذکر گردیده، دولت می‌تواند بسیاری از امکاناتی را که برای مبارزه با دشمنان ملت در اختیار او قرار داده شده، در جهت مبارزه با دشمنان خویش به کار گیرد.^{۱۰۴}

بنابراین باید توجه نمود که تعادل و توازن، فرایندی ایستا و ثابت نبوده، بلکه پویا، متحول و منعطف است.^{۱۰۵} اما آن‌چه بدون شک ضروری است، آن است که شعار توازن و تعادل در معرض نظریه‌پردازی و تجزیه و تحلیل دقیق و موشکافانه قرار گرفته^{۱۰۶} و لوازم عملی آن تا حدودی مشخص شود.

102. Waldron, op.cit., p. 192.

۱۰۳. دغدغه‌ی مذکور را می‌توان به بهترین وجهی در این عبارات جان لاک مشاهده کرد: «در توجیه دولت مداخله‌جو نمی‌توان بر این مطلب تأکید کرد که دولت مزبور می‌تواند ما را در برابر تهدیدات یکدیگر مورد حمایت قرار دهد، چرا که این درست مانند آن است که انسان‌ها را آن‌قدر احمق و نادان تصور کنیم که برای گریز از آسیب‌گره‌های وحشی و روباه‌ها، با خرسندی تمام خود را طعمه‌ی شیران سازند». نک.

Locke, John, *Two Treatises of Government* (ed.), Peter Laslett, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 477.

104. Waldron, op.cit., p. 206.

105. Aleinikoff, T Alexander, "Constitutional Law in the Age of Balance", *Yale Law Journal*, Vol. 96, 1987, p. 145.

106. Waldron, op.cit., p. 194.

همان‌گونه که *تی‌الکساندر الینیکوف* در مقاله‌ی کلاسیک خود پیرامون بالانس و تعادل توضیح می‌دهد، ادبیات بالانس، به آن دسته از تئوری‌هایی اشاره دارد که به دنبال شناسایی، ارزش‌گذاری و مقایسه‌ی منافع متعارض هستند.^{۱۰۷} *ریچارد/چ فالن* از تئوری بالانس در سیاق ایالات متحده‌ی آمریکا پشتیبانی می‌کند. آن‌گونه که مشهور است، قانون اساسی ایالات متحده، تقریباً هیچ محدودیت مشخصی را در خصوص حقوق مورد حمایت خود وضع ننموده است.^{۱۰۸} با این حال روشن است که سیاست‌های دولتی هم‌چنان می‌توانند حقوق مندرج در قانون اساسی ایالات متحده را محدود نمایند. برای نمونه، دولت می‌تواند هرگونه سخنرانی سیاسی را تحت ضابطه‌ی قانون در آورده تا یک منفعت عمومی الزام‌آور را محقق سازد.^{۱۰۹} *فالن* ادعا می‌کند که تنها راه برای توضیح این مطلب آن است که فرض کنیم هم سیاست‌های دولت و هم حقوق فردی در خدمت منافی هستند و این‌که منافع مورد حمایت توسط دولت در برابر منافع مبتنی بر یک تضمین قانون اساسی، سنجیده و ارزیابی می‌شوند.^{۱۱۰}

در سیاق اروپا، *رابرت الکسی*، مشهورترین مدافع الگوی بالانس است.^{۱۱۱} *الکسی* بر این مدعا است که هم حقوق فردی و هم منافع جمعی می‌توانند موضوع اصولی باشند که آن اصول، «الزامات به حداکثرسانی»^{۱۱۲} هستند.^{۱۱۳} اصول مذکور، مبین آنند که منافع مورد

107. Aleinikoff, op.cit., pp. 943-60.

108. Gardbaum, Stephen, "Limiting Constitutional Rights", UCLA Law Review, Vol. 54, 2007, p. 800.

109. Fallon, op.cit., p. 360.

110. Ibid., p. 362.

111. Meyerson, op.cit., p. 807.

112. Optimization Requirements.

113. Alexy, Robert, A Theory of Constitutional Rights (ed.), Julia Rivers, New York, Oxford University Press, 2002, pp. 50-51 and 65.

حمایت بایستی با توجه به امکانات قانونی و عملی تا بیش‌ترین حد امکان تامین و تضمین گردند.^{۱۱۴} بر طبق نظر الکسی، هنگامی که دو اصل در تعارض با یکدیگر قرار می‌گیرند، تحقق یکی با هزینه کردن دیگری امکان‌پذیر خواهد بود، لذا ضروری است تا میان منافع متعارض بالانس صورت گیرد.^{۱۱۵} وی بیان می‌دارد که در این شرایط ما ملزم هستیم تصمیم بگیریم که کدام یک از اصول با توجه به واقعیات موجود از وزن و اهمیت بیش‌تری برخوردارند.^{۱۱۶} او ایده‌ی تعادل در معنای مضیق آن را به عنوان مقایسه میان «درجه یا شدت مداخله در یک حق»^{۱۱۷} و «اهمیت تحقق ملاحظه‌ی متعارض»^{۱۱۸} تلقی می‌کند.^{۱۱۹} وی این موضوع را قانون بالانس^{۱۲۰} نامیده و بیان می‌دارد هر چقدر اهمیت برآوردن یک اصل بیش‌تر باشد، میزان محدود ساختن اصل دیگر بیش‌تر خواهد بود.^{۱۲۱} بنابراین بر مبنای دیدگاه الکسی، محدودیت بیش‌تر و شدیدتر، مستلزم وجود دلیل مهم‌تر و با وزن بیش‌تر برای محدودسازی خواهد بود.

ویژگی کلیدی الگوی بالانس آن است که این الگو تعارضات موجود میان حقوق فردی و منافع عمومی را با اتکا به شیوه‌ی اول از استدلال عملی حل نموده و در سطح «دلایل مرتبه‌ی اول» عمل می‌کند.^{۱۲۲} بر مبنای این روی‌کرد، دادگاه‌ها بایستی وزن و اهمیت متعارف هر یک از دلایل را تعیین نموده و تعارض را به نفع دلیل قوی‌تر حل کنند.

114. Ibid., p. 47.

115. Ibid., pp. 50-51.

116. Ibid.

117. The Degree or Intensity of Interference with a Right.

118. The Importance of Satisfying the Competing Consideration.

119. Ibid., pp. 67, 105.

120. The Law of Balancing.

121. Ibid., p. 102.

122. Meyerson, op.cit., p.807.

ویژگی کارکردی الگوی بالانس، آن است که در این الگو، گزینش میان حقوق فردی و مصالح جمعی بر اساس ارزیابی نتایج حاصل از حمایت از حق‌ها در برابر نتایج حاصل از محدودیت آن‌ها صورت می‌پذیرد تا در فرایند بالانس، بیش‌ترین نتایج مثبت حاصل گردد. موضوعی که در این مرحله باید مورد توجه قرار داد آن است که به هنگام بالانس حقوق و آزادی‌های فردی با مصالح جمعی، منافع آن دسته از دارندگان حق که آزادی‌های آنان در برابر مصلحت جامعه سنجیده و ارزیابی می‌شوند، پیشاپیش در منافع کلی جامعه لحاظ شده است. به دیگر سخن، آنچه در الگوی بالانس به عنوان مصلحت جامعه تلقی گردیده و با حقوق و آزادی‌های فردی مقایسه می‌شود، منفعت مشترک تمامی افراد از جمله شخص دارنده‌ی حق بوده و با حیات جمعی تمام اعضای جامعه در ارتباط است.

ویژگی مهم دیگر الگوی بالانس، آن است که الگوی مذکور، حق و مصلحت را «قابل سنجش»^{۱۲۳} با یکدیگر قلمداد می‌کند. در این رویکرد، فرض می‌شود که مقیاس واحدی وجود دارد که بر مبنای آن نتایج حاصل از تامین حقوق فردی در برابر نتایج حاصل از تضمین منافع جمعی، ارزیابی شده، مقایسه گردیده و متوازن می‌شوند. به دیگر سخن، تئوری بالانس، بر این ایده متکی است که وضعیتی مشابه یا بر طبق نظر آمارتیا سن و برنارد ویلیامز، «برخی وجوه مشترک»^{۱۲۴} میان حقوق فردی و منافع جمعی وجود دارند که بر مبنای آن‌ها این منافع متعارض با یکدیگر سنجیده می‌شوند.^{۱۲۵} بدین ترتیب، بنا به نظر الکسی، هزینه‌ی وارده بر یک حق در برابر منفعت حاصل از محدودیت آن، در درون یک دستگاه محاسباتی واحد سنجیده می‌شود. فالن نیز استدلال مشابهی را مطرح نموده و اذعان می‌دارد که حقوق افراد و قدرت دولت بر روی یک پلان واحد رقابت نموده و بر

123. Commensurable.

124. Some Homogenous Magnitude.

125. Sen, Amartya and Williams, Bernard, "Introduction", in: Utilitarianism and Beyond, op. cit., p. 18.

مبنای یک سری مشابه از مقیاس‌ها سنجیده می‌شوند. بنا به نظر فالزن، «منفعت بودن»^{۱۲۶} وجه مشترکی است که این امکان را فراهم می‌سازد که حقوق افراد در برابر منافع جامعه سنجیده شده و متوازن گردند.^{۱۲۷}

با وجود آن که برخی مخالفان ایده‌ی تعادل، استدلال کرده‌اند که در این الگو، منافع جامعه در یک دستگاه محاسباتی سودانگار بدون در نظر گرفتن موضوعات عدالت و توزیع ارزیابی و تعیین می‌شوند، اما هدف الگوی بالانس، برخورد عادلانه با منافع در خطر با توجه به ارزش و اهمیت آن‌هاست. استدلال این دسته از نظریه‌پردازان، بر این فرض غیر واقعی استوار است که مصلحت عمومی جامعه، از جمع عددی منافع فردی حاصل گردیده و آن قسم از سیاست‌های عمومی که بالاترین سود را برای بیش‌ترین تعداد اعضای جامعه فراهم کنند، سیاست‌های ارتقادهنده‌ی مصلحت عمومی قلمداد خواهند شد. بر مبنای این دیدگاه، چنانچه در نتیجه‌ی اعمال سیاست «الف»، به هر یک از اشخاص «A» و «C»، سی واحد سود اختصاص یافته و ده واحد سود، نصیب شخص «B» شود و در مقابل، سیاست «ب»، بیست واحد سود را در میان هر یک از آن‌ها توزیع نماید، سیاست «الف»، به بهترین نحو، منافع جامعه (متشکل از A، B و C) را در یک مفهوم جمعی ارتقا خواهد بخشید. نتیجه‌ی کلی سیاست «الف»، کسب بیش‌ترین میزان سود برای جامعه بوده و در نتیجه، سیاست مزبور، سیاستی متعادل به شمار می‌آید، هر چند پیامد اعمال سیاست «ب» منصفانه‌تر است. بنا به نظر این نویسندگان، مسئله‌ی واقعی در این جا، ارتباط میان دغدغه‌ی عدالت از یک سو و امید به کسب سود بیش‌تر (برای برخی یا مجموع) با نادیده گرفتن عدالت از سوی دیگر است.^{۱۲۸}

126. Interest Being.

127. Fallon, Richard H., "Further Reflections on Rights and Interests: A Reply", Georgia Law Review, Vol. 27, 1993, p. 489.

128. Waldron, op.cit., pp. 202-203.

به نظر می‌رسد، استدلال پیش‌گفته، از آن‌چه بودنهایمر آن را «مغالطه‌ی تعیین کمی» نامیده،^{۱۲۹} رنج می‌برد. شواهد تجربی بسیاری درستی این فرضیه را رد می‌کنند که مصلحت عمومی جامعه را می‌توان با جمع عددی گرفتن از منافع متکثر فردی به دست آورد. مراد از مصلحت عمومی در الگوی بالانس، منفعت شمار بیش‌تر اعضای جامعه که از طریق جمع نمودن منافع فردی تعیین می‌شود، نیست. مصلحت عمومی در این نظرگاه، منفعت مشترک تمامی اعضای جامعه است. فرض این است که مصلحت عمومی را باید منفعت واقعی همه-ی جامعه گرفت و نه منفعت شمار بیش‌تر اعضای آن. در این معنا، مصلحت بخشی حداقلی از اقتضائات عدالت را در حیات اجتماعی مطرح نموده و هم‌چون حق، به قلمرو و حوزه‌ی عدالت تعلق دارد.

استفان گاردبام نیز در میان همین خطوط استدلال نموده و خاطر نشان می‌سازد که ایده‌ی بالانس، متضمن فداکردن حق‌ها، به جهت دلایل سودانگاران‌های عادی نیست؛ زیرا در یک الگوی تعادل، تنها آن دسته از اهداف سیاست عمومی که منفعت واقعی تمام اعضای جامعه را در برداشته و به قدر کافی الزام آور و مجاب‌کننده‌اند، می‌توانند کفه‌ی ترازوی تعادل را به نفع منافع عمومی سنگین‌تر کنند.^{۱۳۰} *گاردبام* می‌نویسد: «در الگوی بالانس هرگز تصور نشده که برای مثال یک منفعت اقتصادی ناچیز که مربوط به بخشی کوچک از جامعه است، یا اجتناب از یک ضرر غیرقطعی و احتمالی، «یک مصلحت عمومی عینی»^{۱۳۱} است که می‌تواند قاعدتاً حق بر آزادی بیان را نقض نماید. قسمی از منافع کاملاً عمومی و قطعی که دارای یک عنصر ذاتا کیفی‌اند، می‌توانند تعدیل در حوزه‌ی حقوق و آزادی‌های فردی را ایجاب کنند. عنصر کیفی مزبور در فرایند بالانس، عبارت

۱۲۹. بودنهایمر، پیشین، صص. ۱۱۲-۱۰۹.

130. Gardbaum, op.cit., p. 825.

131. An Objective Public Interest.

است از این که، هدف بایستی «عینی»،^{۱۳۲} «فوری»^{۱۳۳} و «الزام آور»^{۱۳۴} باشد. ریچارد‌ای پسنر در خلال دفاع از تئوری پراگماتیک خود درباره‌ی قضاوت، نکته‌ی مشابهی را مطرح می‌نماید. وی اذعان می‌دارد که قضاوت باید با پیروی از الگوی بالانس، در هنگام تصمیم‌گیری بر «پیامدهای عملی»^{۱۳۵} قضاوت خود تمرکز کنند.^{۱۳۶} پسنر خاطر نشان می‌سازد که قضاوت عمل‌گرایانه، مستلزم «بررسی دقیق و آگاهانه‌ی پیامدها»^{۱۳۷} است و نه «تجزیه و تحلیل کوتاه‌بینانه و سطحی»^{۱۳۸} نتایج.^{۱۳۹} در همین ارتباط گاردبام خاطر نشان می‌سازد که الگوی بالانس، به درستی حمایت فوق‌العاده‌ای را در اختیار حق‌ها در مقایسه با منافع کوچک‌تر قرار داده و مسئولیت سنگین‌تری را برای توجیه نقض حق‌ها بر دوش دولت می‌گذارد.^{۱۴۰} توجه به رویه‌ی قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر نشان می‌دهد که دادگاه مذکور نیز در تفسیر الزامات کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین،

132. Objective.

133. Pressing.

134. Compelling.

135. Practical Consequences.

۱۳۶. جرمی والدرون نیز همین موضوع را مورد توجه قرار داده و ضرورت تمرکز بر نتایج واقعی به جای پیامدهای نمادین را متذکر می‌گردد. برای مطالعه بیشتر نک.

Waldron, op.cit., pp. 194-195.

137. Careful, Informed Consideration of Consequences.

138. Short-Sighted, Superficial Analysis.

139. Posner, Richard A., Law, Pragmatism and Democracy, Cambridge, Harvard University Press, 2003, p. 63.

140. Gardbaum, op.cit., p. 827.

ملاحظات مشابهی را مدنظر قرار داده و بر مبنای الگوی بالانس عمل می‌نماید.^{۱۴۱} دادگاه مزبور، به کرات در آرای خود اعلام نموده که مداخله در اعمال یکی از حقوق مندرج در کنوانسیون بایستی «به موجب قانون»^{۱۴۲} صورت گرفته، «هدفی مشروع»^{۱۴۳} را تعقیب نموده و «در یک جامعه‌ی دموکراتیک ضروری»^{۱۴۴} به حساب آید. دادگاه این موضوع را چنین توضیح می‌دهد که اقدام مورد مناقشه بایستی در قانون داخلی کشور مقرر گردیده و در راستای تحقق یکی از اهداف مشروع مندرج در مواد مختلف کنوانسیون (شامل حفظ نظم عمومی، امنیت ملی، رفاه همگانی و ...) صورت پذیرد. دادگاه هم‌چنین خاطر نشان می‌سازد که مداخله در اعمال یک حق بایستی در پاسخ به «یک نیاز اجتماعی مبرم»^{۱۴۵} بوده و «به نحو عینی قابل توجیه»^{۱۴۶} باشد. افزون بر موارد پیش گفته، دادگاه اروپایی بر این مورد تاکید می‌کند که اقدامات صورت گرفته بایستی با هدف مشروع مورد پیگیری «متناسب»^{۱۴۷} باشد. به دیگر سخن دولت باید اثبات کند که میان حق مورد بحث و مصلحت عمومی مورد مناقشه، «بالانس منصفانه‌ای»^{۱۴۸} برقرار نموده است. بدین ترتیب، دادگاه بارها اعلام می‌دارد مداخله در اعمال یک حق در صورتی موجه و مشروع بوده و به نحو عینی قابل

141. See: Van Gerven, Walter, "The Effect of Proportionality on the Actions of Member State of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe", in: Principle of Proportionality in the Laws of Europe (ed.), Evelyn Ellis, Oxford, Hart Publishing, 1999, pp. 37-44.

142. Prescribed by Law.

143. Legitimate Aim.

144. Necessary in a Democratic Society.

145. A Pressing Social Need.

146. Objectively Justifiable.

147. Proportional.

148. A Fair Balance.

توجیه است که هدفی مشروع را دنبال نموده، جهت نیل به آن هدف در یک جامعه‌ی دموکراتیک ضروری قلمداد گردیده و میان شیوه‌های تحدیدی به کار رفته و اهداف مشروع مورد پیگیری «رابطه‌ی تناسبی معقولی»^{۱۴۹} برقرار باشد. در همین راستا، دادگاه اذعان نموده که «ماهیت»^{۱۵۰} و «شدت»^{۱۵۱} مداخله، فاکتورهایی هستند که باید به هنگام ارزیابی متناسب بودن یا نبودن مداخله‌ی صورت گرفته مورد بررسی و ارزیابی قرار گیرند.^{۱۵۲}

در ارزیابی این موضوع که آیا اقدامات نقض کننده‌ی حق، با هدف مشروع مورد پیگیری متناسب بوده یا خیر، دادگاه اروپایی حقوق بشر پاره‌ای از عوامل را مورد بررسی قرار می‌دهد. به طور معمول، دادگاه به طرح این پرسش‌ها می‌پردازد که آیا اقدام صورت گرفته، قطعاً، هدف مورد نظر دولت را محقق می‌سازد؟ آیا شیوه‌های کم‌تر محدود کننده‌ای برای تحقق آن هدف وجود ندارد؟ و این که آیا هزینه‌ی وارده بر دارنده‌ی

149. A Reasonable Relationship of Proportionality.

150. Nature.

151. Severity.

152. See from many Cases: Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, Judgment of 7 December 1976, Series A, Nos. 5095/71; 5920/72; 5926/72., pp. 25-26- Sürek and Others v. Turkey, Judgment 8 July of 1999, Series A, Nos. 23927/94 and 24277/94, pp. 64-69- Fayed v. the United Kingdom, Judgment of 21 September 1994, Series A, No. 294-B, pp. 49-50- Leyla Şahin v. Turkey, Judgment of 10 November 2005, series A, No. 44774/98, PP 21-25- Refah Party and Others v. Turkey, Judgment of 31 July 2001, Series A, Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, pp. 27-29- Goodwin v. the United Kingdom, Judgment of 27 March 1996, Reports 1996-II, pp. 500-501- Vogt v. Germany, Judgment of 26 September 1995, Series A, No. 17851/91, p. 21.

حق، با منافع جمعی حاصله قابل توجیه هست یا خیر؟^{۱۵۳}
این سه جنبه از الگوی بالانس، تحت عناوین آزمون شایستگی،^{۱۵۴} آزمون ضرورت^{۱۵۵}
و آزمون تناسب^{۱۵۶} (در معنای مضیق) نام‌گذاری شده و شناخته می‌شوند.

۱۵۳. برای مطالعه‌ی بیش‌تر در این زمینه نک. بیات کمیتکی، مهناز، «مطالعه نظری نسبت میان حقوق فردی و مصالح جمعی»، رساله‌ی دکتری حقوق عمومی به راهنمایی دکتر محمد راسخ، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰، صص. ۱۰-۲۴۰.

154. The Suitability Test.

155. The Necessity Test.

156. The Proportionality Test.

نتیجه‌گیری

حق و مصلحت، دو بال فرشته‌ی عدالت‌اند. توجه به حق با انکار مصلحت و یا اولویت بخشیدن به مصلحت با نادیده گرفتن حق، نظریه‌ی عدالت را سست و تهی از معنا می‌سازد. بر این بنیاد، به سبب اهمیت نهاد حق برای حفاظت از کرامت ذاتی و فاعلیت اخلاقی افراد انسانی و به سبب ضرورت تمسک به نهاد مصلحت به سبب اهمیت آن برای حفاظت از اصل حیات جمعی، بایستی به جای نادیده گرفتن منافع عمومی به قیمت توجه به فرد و یا قربانی نمودن فرد در پای جمع، بر مبنای یک دستگاه محاسباتی عدالت‌محور، به برقراری تعادل و توازن میان این دو ارزش نظام حقوقی و سیاسی پرداخت.

منابع

الف: فارسی

۱. بودنهايمر، ادگار، «درآمدی بر تئوری مصلحت عمومی»، ترجمه‌ی محمد راسخ، در: 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»، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد به راهنمایی دکتر محمد راسخ، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۵.
۳. بیات کمیتکی، مهناز، «مطالعه نظری نسبت میان حقوق فردی و مصالح جمعی»، رساله‌ی دکتری حقوق عمومی به راهنمایی دکتر محمد راسخ، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰.
۴. بیکس، برایان، فرهنگ نظریه حقوقی، ترجمه و پیشگفتار محمد راسخ، تهران، نشر نی، ۱۳۸۹.
۵. دورکین، رونالد، «جدی گرفتن حق‌ها»، ترجمه محمد راسخ، در: حق و مصلحت، تهران، انتشارات طرح نو، ۱۳۸۷.
۶. دورکین، رونالد، «حق چون برگ برنده»، ترجمه و پیشگفتار محمد راسخ، نامه مفید، شماره‌ی ۲۹، ۱۳۸۱.
۷. راسخ، محمد؛ بیات کمیتکی، مهناز، «مفهوم مصلحت عمومی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره‌ی ۵۶، زمستان ۱۳۹۰.
۸. راسخ، محمد، «نظریه حق»، در: حقوق بشر در جهان معاصر، تهران، انتشارات کمیسیون حقوق بشر اسلامی، ۱۳۸۸.
۹. قربان‌نیا، ناصر، «محدودیت آزادی‌ها»، در: حقوق بشر در جهان معاصر، تهران، انتشارات کمیسیون حقوق بشر اسلامی، ۱۳۸۸.
۱۰. لنکستر، لین. و، خداوندان اندیشه سیاسی، جلد سوم، ترجمه‌ی علی رامین، تهران،

- انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۰.
۱۱. والدرون، جرمی، «فلسفه حق»، ترجمه و پیشگفتار محمد راسخ، در: حق و مصلحت، تهران، انتشارات طرح‌نو، ۱۳۸۷.
۱۲. هریسون، راس، «حکومت و اخلاق»، ترجمه‌ی محمد راسخ، در: حق و مصلحت، تهران، انتشارات طرح‌نو، ۱۳۸۷.
۱۳. هگل، ویلهلم فردریک گئورگ، عناصر فلسفه حق یا خلاصه‌ای از حقوق طبیعی و علم سیاست، ترجمه‌ی مهبد ایرانی طلب، تهران، نشر پروین، ۱۳۷۸.

ب: لاتین

14. Agamben, G., *The State of Exception*, Chicago, Chicago University Press, 2005.
15. Aleinikoff, T Alexander, "Constitutional Law in the Age of Balance", *Yale Law Journal*, Vol. 96, 1987.
16. Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights* (ed.), Julia Rivers, New York, Oxford University Press, 2002.
17. Barry, B., "The Public Interest", in: *Political Philosophy* (ed.), A. Quinton, London, Oxford University Press, 1977.
18. Barry, B., "The Use and Abuse of the Public Interest", in: *The Public Interest* (ed.), C.J. Friedrich, New York, Athenton Press, 1967.
19. Buchanan, Allen, "Assessing the Communitarian Critique of Liberalism", *Ethics*, Vol. 99, 1989.
20. Fallon, Richard H., "Further Reflections on Rights and Interests: A Reply", *Georgia Law Review*, Vol. 27, 1993.
21. Fallon, Richard H., "Individual Rights and the Powers of Government", *Georgia Law Review*, Vol. 27, 1993.

22. Fayed v. the United Kingdom, Judgment of 21 September 1994, Series A, No. 294-B.
23. Feldman, Louise E., "Originalism through Raz-Colored Glasses", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 140, 1992.
24. Freeman, M., "Order, Rights and Threats: Terrorism and Global Justice", in: Human Rights in the War on Terror (ed.), R. Ashby Wilson, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
25. Gardbaum, Stephen, "Limiting Constitutional Rights", UCLA Law Review, Vol. 54, 2007.
26. Goodwin v. the United Kingdom, Judgment of 27 March 1996, Reports 1996-II.
27. Habermas, Jurgen, Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy (ed.), William Regh, Cambridge, Polity Press, 1996.
28. Held, V., The Public and Individual Interest, New York, Basic Books, 1970.
29. Ignatieff, M., The Lesser Evil: Politics in an Age of Terror, Princeton, Princeton University Press, 2004.
30. Jacobs, Lesley A., An Introduction to Modern Political Philosophy: The Democratic Vision of Politics, Prentice Hall, 1996.
31. Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, Judgment of 7 December 1976, Series A, Nos. 5095/71; 5920/72; 5926/72.
32. Kymlicka, Will, Liberalism, Community and Culture, New York, Oxford University Press, 1989.
33. Lazarus, Liora and Goold, Benjamin J., "Security and Human Rights: The Search for a Language of Reconciliation", in: Security and Human Rights (ed.), Liora

- Lazarus and Benjamin J. Goold, Oxford, Oxford University Press, 2007.
34. Leyla Şahin v. Turkey, Judgment of 10 November 2005, Series A, No. 44774/9.
35. Locke, John, *Two Treatises of Government* (ed.), Peter Laslett, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
36. Luban, D. and Goldstone R., "The Tension between Combating Terrorism and Protecting Civil Liberties", in: *Human Rights in the War on Terror*, (ed.), Ashby Wilson, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
37. Luban, D., "Eight Fallacies about Liberty and Security", in: *Human Rights in the War on Terror*, (ed.), Ashby Wilson, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
38. Macintyre, Alasdair, "Alternative Futures: Legitimacy, Identity and Alienation in Late – Twentieth Century Canada", in: *Constitutionalism, Citizenship and Society in Canada* (ed.), Alan Cairns and Cynthia Williams, Toronto, Toronto University Press, 1986.
39. Macintyre, Alasdair, *After Virtue*, Notre Dame, Notre Dame University Press, 1981.
40. Macintyre, Alasdair, "On Democratic Theory", *Canadian Journal of Philosophy*, Vol. 6, 1976.
41. Meyerson, D., "Why Courts Should Not Balance Rights Against The Public Interest", *Melbourne University Law Review*, Vol. 31, 2007.
42. Moore, Margaret, *Foundations of Liberalism*, New York, Oxford University Press, 1993.
43. Perry, Stephen R., "Judicial Obligation, Precedent and the Common Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 7, 1987.

44. Perry, Stephen R., "Second- Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory", Southern California Law Review, Vol. 62, 1989.
45. Pogge, Thomas, Realizing Rights, Ithaca, New York, Cornell University Press, 1989.
46. Posner, Richard A., Law, Pragmatism and Democracy, Cambridge, Harvard University Press, 2003.
47. Rawls, John, A Theory of Justice, Cambridge, Harvard University Press, 1971.
48. Raz, Joseph, Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics, Revised edition, New York, Oxford University Press, 1996.
49. Raz, Joseph, Practical Reason and Norms, Oxford, Clarendon Press, 1999.
50. Raz, Joseph, The Authority of Law, New York, Oxford University Press, 1983.
51. Raz, Joseph, The Morality of Freedom, New York, Oxford University Press, 1986.
52. Refah Party and Others v. Turkey, Judgment of 31 July 2001, Series A, Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98.
53. Sandel, Michael, Liberalism and the Limits of Justice, New York, Cambridge University Press, 1982.
54. Schauer, Frederick, "A Comment on the Structure of Rights", Georgia Law Review, Vol. 27, 1993.
55. Schauer, Frederick, "Commensurability and its Constitutional Consequences", Hastings Law Journal, Vol. 45, 1994.
56. Sen, Amartya and Williams, Bernard, "Introduction", in: Utilitarianism and Beyond (ed.), Amartya Sen and Bernard Williams, New York, Cambridge University Press, 1982.
57. Sürek and Others v. Turkey, Judgment 8 July of 1999, Series A, Nos. 23927/94

- and 24277/94.
58. Taylor, Charles, "The Diversity of Goods", in: *Utilitarianism and Beyond*, (ed.), Amartya Sen and Bernard Williams, New York, Cambridge University Press, 1982.
59. Taylor, Charles, *Cross Purposes: Liberal Communitarian Debate in Liberalism and the Moral Life* (ed.), Nancy Rosenblum, Cambridge, Harvard University Press, 1989.
60. Taylor, Charles, *Philosophy and Human Sciences*, Philosophical Paper 2, New York, Cambridge University Press, 1985.
61. Teson, FR., "Liberal Security", in: *Human Rights in the War on Terror*, (ed.), Ashby Wilson, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
62. Trib, LH. and Gudridge, PO., "The Anti-Emergency Constitution", *Yale Law Journal*, Vol. 113, 2004.
63. Van Gerven, Walter, "The Effect of Proportionality on the Actions of Member State of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe", in: *Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (ed.), Evelyn Ellis, Oxford, Hart Publishing, 1999.
64. *Vogt v. Germany*, Judgment of 26 September 1995, Series A, No. 17851/91.
65. Waldron, Jeremy, "Security and Liberty: the Image of Balance", *the Journal of Political Philosophy*, Vol. 11, 2003.
66. Yang, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990.