


Right and Interest; The Image of Balance

 **Mahnaz Bayat Komitaki**

Assistant Professor, Department of Public Law and Economic Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran (Corresponding author)
m_bayat@sbu.ac.ir

 **Kowsar Enjelas**

PhD student in public law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
k.enjelas@gmail.com



Abstract

Despite the importance of the concept of rights to protect individual existence and the institution of public interest to protect collective life, and of course the necessity of not ignoring these two as the two wings of flight in the path of achieving justice, the question of which takes precedence is unavoidable. Since absolutely no one agrees with anarchy, the rights of citizens cannot be considered unlimited, even in completely conventional conditions. Therefore, a balance must be established between individual claims and collective demands. However, it should be noted that balance is not a static and stable process, but dynamic, changing and flexible.

Journal of Research and Development in Public Law

Iranian Law and Legal Research Institute

Vol. 1 | No. 1 | Spring and Summer 2024
(Original Article)

<https://jrpl.illrc.ac.ir/>


DOI:
10.22034/jrpl.2025.720743

Therefore, it seems that the main advantage of the "balance model" compared to other methods of conflict resolution is its flexibility and high sensitivity to the context of the discussion. But what is undoubtedly necessary and has been the constant concern of the authors of the upcoming article, is that the motto of balance and balance is exposed to theorizing and analyzing carefully, and its practical applications are determined to some extent. For this purpose, the explanation of the general content of the balance theory and its subsequent introduction of the triple tests, and of course how to use them, puts the claim of this article on a firmer footing.


Keywords: balance theory, suitability test, necessity test, proportionality test, public interest, right.



حق و مصلحت؛ تصویر توازن

مهناز بیات کمیتی 

استادیار گروه حقوق عمومی و حقوق اقتصادی، دانشکده حقوق،
دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
m_bayat@sbu.ac.ir

کوثر انجلاسی 

دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
k.enjelasi@gmail.com



دوفصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق عمومی
Research and Development in Public Law

پژوهشگاه حقوق و قانون ایران
Faculty of Law and Social Sciences, ISIRI

دوفصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق عمومی
پژوهشگاه حقوق و قانون ایران

دوره ۱ | شماره ۱ | بهار و تابستان ۱۴۰۳
(مقاله پژوهشی)

<https://jrpl.illrc.ac.ir/>

DOI:

10.22034/jrpl.2025.720743

چکیده

با وجود اهمیت نهاد حق برای حفاظت از کیان فردی و نهاد مصلحت عمومی برای صیانت از حیات جمعی، و البته لزوم عدم چشم‌پوشی از این هر دو به مثابه دو بال پرواز در مسیر نیل به عدالت، پرهیز از تضارب آراء در این خصوص که کدام یک بر دیگری رجحان دارد، پرسشی ناگزیر بوده و هست. از آنجایی که قطعاً هیچ‌کس با هرج و مرج موافق نیست، نمی‌توان حقوق شهروندان را حتی در شرایط کاملاً متعارف، بی‌حدو حصر تلقی کرد. بنابراین بایستی میان ادعاهای فردی و مطالبات جمعی تعادل و توازن برقرار نمود. با این همه باید توجه داشت که تعادل و توازن، فرایندی ایستا و ثابت نبوده، بلکه پویا، متحول و منعطف است.

از این رو به نظر می‌رسد مزیت اصلی «مدل بالانس یا توازن» در مقایسه با سایر شیوه‌های حل تعارض، انعطاف‌پذیری و حساسیت بالای آن نسبت به سیاق و زمینه بحث باشد.

اما آنچه بدون شک ضروری است و دغدغه همواره نویسندگان نوشتار پیش رو بوده، آن است که شعار توازن و تعادل در معرض نظریه‌پردازی و تجزیه و تحلیل دقیق و موشکافانه قرار گرفته و لوازم عملی آن تا حدودی مشخص شود. بدین منظور تبیین محتوای کلی نظریه تعادل و متعاقب آن، معرفی آزمون‌های سه‌گانه و البته نحوه به‌کارگیری آنها، ادعای این مقاله را بر پایاب-های استوارتری قرار می‌دهد.

کلیدواژه‌ها: آزمون تناسب، آزمون ضرورت، آزمون مناسبت، حق، مصلحت عمومی، نظریه توازن.



مقدمه

اگر نخستین گدار آغاز را از وجه مشترک حقوق فردی و منافع جمعی و در یک کلام، «ادعای هنجاری» بودن آنها قلمداد کنیم، بدین معنا بایستی حق و مصلحت را ادعاهایی هنجاری به حساب آوریم که در شبکه روابط بین‌انسانی مطرح شده و یکی با حمایت از شخصیت فردی و دیگری با پاسداری از کیان جمعی، هر یک به سهم خود بخشی از اقتضائات عدالت در حیات انسانی را مطرح می‌نمایند. بنابراین در اینجا دیگر این ادعا کنار گذاشته می‌شود که حق به حوزه و قلمرو عدالت تعلق داشته و در مقابل، مصلحت به حوزه و قلمرو نتایج متعلق است. با این حساب جای طرح این پرسش وجود دارد که آیا حقوق فردی شهروندان می‌تواند حتی در شرایط کاملاً عادی، وسیع و بی‌حد و مرز قلمداد شود؟ آیا می‌توان به دلیل و بر مبنای مصلحت عمومی، حقوق و آزادی‌های فردی را بی‌هیچ قید و شرطی، زیر پا گذاشت؟ پاسخ آشکارا منفی است. همچنین بایستی توجه داشت که قید نهادن بر برخی حق‌های فردی به منظور تضمین مصلحت عمومی می‌بایست با احتیاط کامل صورت گیرد. باید به اندازه بیمناکی از تهدیدات ناشی از اقدامات افراد برای منافع جامعه، از قدرت رو به گسترش دولت نیز هراسان بود. زیرا همان‌گونه که جرمی والدرون به درستی متذکر شده است، «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.» (Waldron, 2003, 192)

بنابراین بایستی میان ادعاهای فردی و مطالبات جمعی توازن برقرار نمود؛ همان‌طور که در ادامه و در متن مقاله خواهیم دید دادگاه اروپایی حقوق بشر نیز در تفسیر الزامات کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین پیش‌شرط‌های نظریه تعادل را تعیین نموده است و به کرات در آرای خود اعلام کرده که مداخله در اعمال یکی از حقوق مندرج در کنوانسیون باید «به موجب قانون» صورت پذیرد، «هدفی مشروع» را دنبال کند و «در یک جامعه دموکراتیک ضروری» به حساب آید. آنچه چشم‌پوشی از آن در بررسی نمونه‌های جالب توجه از پرونده‌های دادگاه اروپایی حقوق بشر ممکن نیست، آن است که مداخله در اعمال یک حق بایستی در پاسخ به «یک نیاز مبرم اجتماعی» و به نحوی «عینی» و «قابل توجیه» باشد. افزون بر موارد پیش‌گفته، دادگاه اروپایی بر این نکته دست

می‌گذارد که اقدامات صورت پذیرفته باید با هدف مشروع مورد پیگیری «متناسب» باشند؛ به عبارتی دیگر، دولت باید اثبات کند که میان حق مورد بحث و مصلحت عمومی مورد مناقشه، «توازن منصفانه‌ای» برقرار نموده است.

بدین ترتیب و از رهگذار پاسخ به پرسش از چیستی نظریه بالانس یا تعادل به مثابه شیوه حل تعارض، با عبور از پهنه وسیع و نکته‌آموز پرونده‌های مختلف از دادگاه اروپایی حقوق بشر، ابتدا به محتوای کلی نظریه مذکور ورود خواهیم کرد و پس از تبیین آزمون‌های سه‌گانه، به تحلیل و ارزیابی نقادانه چالش‌های محتمل و نقدهای وارده به ابعاد مهم این نظریه، از حیثیت مدل بالانس به مثابه شیوه‌ای قابل دفاع از روش حق تعارض در سپهر چالش‌های دائم موجود حق و مصلحت، به نحوی تحلیلی و با در نظرگیری محاسن و معایب آن خواهیم پرداخت:

۱. محتوای کلی

همان‌گونه که تی‌الکساندر الینیکاف در مقاله کلاسیک خود پیرامون تعادل توضیح می‌دهد، ادبیات تعادل، به آن دسته از تئوری‌هایی اشاره دارد که به دنبال شناسایی، ارزش‌گذاری و مقایسه منافع متعارض هستند (Aleinikoff, . 1987 pp. 943-60) و در واقع روش صحیح داوری درباره تعارض حقوق فردی و منافع جمعی را عرضه می‌کند؛ شیوه‌ای که امروزه بسیاری از دادگاه‌های قانون اساسی در سراسر جهان از جمله اروپا، کانادا، هند، آفریقای جنوبی و بسیاری کشورهای دیگر برای داوری میان حق و مصلحت بدان متوسل می‌شوند (Mathews & Sweet 2011 pp. 797-98).

متد تعادل را هم به عنوان «شیوه تفسیر»^۱ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین و هم «متد داوری»^۲ درباره تعارض حق و مصلحت قلمداد می‌کند.

از این رو به نظر می‌رسد که جستجوی توازن منصفانه میان اقتضانات منافع جمعی و الزامات حقوق فردی، «جزء ذاتی و لاینفک»^۳ کنوانسیون به مثابه یک کل

¹ A Method of Interpretation.

² A Method of Adjudication.

³ Inherent.

است.» (Ryssdal, R. 1996, p.26). محدودیت‌های گسترده مندرج در مواد ۸ تا ۱۱ کنوانسیون (حق بر احترام به خلوت، زندگی خانوادگی، خانه و مکاتبات؛ حق بر آزادی اندیشه، مذهب و وجدان؛ حق بر آزادی بیان و سخنرانی؛ و حق بر تجمع و گردهمایی) تحت عنوان محدودیت‌های مورد نیاز در یک جامعه دموکراتیک برای حمایت از امنیت ملی، بهداشت عمومی، نظم عمومی، سلامت یا اخلاقیات جامعه و حقوق و آزادی‌های دیگران، ضرورت برقراری توازن منصفانه میان حقوق و آزادی‌های فردی و منافع و مصالح جمعی را به تصویر می‌کشند.

ریچارد اچ فالن از تئوری بالانس در سیاق ایالات متحده 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 (Gardbaum, 2007, p.80)، 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 ضابطه قانون درآورده تا یک منفعت عمومی الزام‌آور را محقق سازد. (Fallon (1993). (Ibid, p. 360) فالن ادعا می‌کند که «تنها راه برای توضیح این مطلب آن است که فرض کنیم هم سیاست‌های دولت و هم حقوق فردی در خدمت منفعی هستند و اینکه منافع مورد حمایت توسط دولت در برابر منافع مبتنی بر یک تضمین قانون اساسی، سنجیده و ارزیابی می‌شوند.»

در سیاق اروپا، رابرت الکسی، مشهورترین مدافع مدل تعادل است (Meyerson, D. 2007, p.807). الکسی بر این مدعا است که هم حقوق فردی و هم منافع جمعی می‌توانند موضوع اصولی باشند که آن اصول، «الزامات به حداکثرسانی»^۱ هستند. اصول مذکور، مبین آنند که منافع مورد حمایت بایستی با توجه به امکانات قانونی و عملی تا بیشترین حد امکان تامین و تضمین گردند. 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 اصول متعارض، تعادل برقرار گردد. در این شرایط ما ملزم هستیم تصمیم بگیریم که

¹ Optimization Requirements.

کدام یک از اصول با توجه به واقعیات موجود، از وزن و اهمیت بیشتری برخوردارند (Alexy, R. 2002, pp.47-51).

الکسی «ایده تعادل در معنای مضیق آن را به عنوان مقایسه میان «درجه یا شدت مداخله در یک حق»^۱ و «اهمیت تحقق ملاحظه متعارض»^۲ تلقی می کند.» (Ibid, pp. 67-105). وی این موضوع را «قانون بالانس»^۳ نامیده و بیان می دارد: «هر چقدر اهمیت برآوردن یک اصل بیشتر باشد، میزان محدود ساختن اصل دیگر بیشتر خواهد بود.» (Ibid, p. 102) بنابراین بر مبنای دیدگاه الکسی، محدودیت بیشتر و شدیدتر، مستلزم وجود دلیل مهم‌تر و با وزن بیشتر برای محدودسازی خواهد بود.

گاردباوم قسمی از منافع کاملاً عمومی و قطعی که دارای یک عنصر ذاتاً کیفی‌اند، می‌توانند تعدیل در حوزه حقوق و آزادی‌های فردی را ایجاب کنند. عنصر کیفی مزبور در فرایند تعادل، عبارت است از اینکه، هدف بایستی «عمومی»^۴، «عینی»^۵، «فوری»^۶ و «الزام‌آور»^۷ باشد. (Gardbaum. Ibid , pp. 825-26)

ایده تعادل به شیوه‌های متفاوتی از سوی نظریه‌پردازان مختلف تبیین و تشریح گردیده و به طرق گوناگون در نظام‌های حقوق اساسی کشورهای مختلف صورت‌بندی شده است،^۸

¹ The Degree or Intensity of Interference with a Right.

² The Importance of Satisfying the Competing Consideration.

³ The Law of Balancing.

⁴ Public.

⁵ Objective.

⁶ Pressing.

⁷ Compelling.

^۸ برای آشنایی با صورت‌بندی‌های متفاوت ایده تعادل در سه کشور ایالات متحده آمریکا، کانادا و استرالیا؛ نک: Evans. and Stone. (2007), "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, p. 3, Available at: <http://www.ssrn.com>

برای مقایسه شیوه‌های متفاوت اجرای متد تعادل در دو کشور کانادا و آلمان نیز نک: Grimm, D. (2007), 'Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence', In *Toronto University Law Journal*, Vol. 57, pp. 383- 389.

با این حال همان طور که دیوید لا بیان داشته، همچنان مشابهت‌های زیادی میان این صورت‌بندهای متفاوت وجود دارد.

لا، این مطلب را چنین تشریح می‌کند: «هر چند مفهوم تعادل، به دادگاه‌ها اجازه می‌دهد تا به شیوه‌های گوناگون، دیدگاه‌های خویش را صورت‌بندی کنند، اما با این همه، مفهوم مزبور، به نحو هماهنگی به مثابه اصطلاحی پوشش‌دهنده^۱ (حمایتی) پدیدار شده و متضمن شناسایی و سنجش منافع متعارض مرتبط و تعیین میزانی است که تعارض به واسطه انتخاب دقیق مهم‌ترین منفعت به حداقل می‌رسد.» (Law, 2005, p.652)

۲. آزمون‌های سه‌گانه

در دعوی مهم R v Oaks دیوان عالی کانادا به پیروی از آزمون‌های تعادل سه مرحله‌ای توسعه‌یافته توسط دادگاه اروپایی حقوق بشر، یک متدلوزی سه مرحله‌ای را برای ارزیابی چالش‌های مطرح شده به موجب منشور کانادایی حقوق و آزادی‌ها به ویژه ماده یک این منشور ایجاد نمود. ماده مزبور مقرر می‌دارد: «منشور کانادایی حقوق و آزادی‌ها، حقوق و آزادی‌های مندرج در این منشور را تضمین نموده و مورد حمایت قرار می‌دهد، به جز در مواردی که حقوق مزبور، به آن دسته از محدودیت‌های معقولی مقید شده باشند که به موجب قانون مقرر گردیده و در یک جامعه آزاد و دموکراتیک آشکارا قابل توجیه‌اند.» (R v

Oakes (1986), 1 SCR 103, (Dickson CJC)

یک محدودیت بایستی پیش از پشت سر گذاردن آزمون‌های ماده ۱، دو شاخص اساسی را تامین نمایند: اول، هدف بایستی به قدری مهم باشد که اجازه نقض یک حق یا آزادی مورد تضمین در منشور را بدهد.^۲ دوم، شیوه‌های گزینش شده بایستی «معقول»^۳ و «آشکارا

^۱ An Umbrella Term.

^۲ قاضی دیکسون این عبارت را (sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right) در قضاوت خود در پرونده دیگری پیش از Oakes مطرح کرده و بر همین مبنا تصمیم‌گیری نموده بود. نک: R v Big M Drug Mart Ltd (1985), 1 SCR 295, (Dickson CJC for Chouinard Beetz, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ), p. 352.

^۳ Reasonable.

قابل توجیه»^۱ باشند.^۲ قاضی دیکسون اذعان نمود که مورد اخیر، «شکلی از آزمون تعادل»^۳ را در برمی‌گیرد. به طور مشخص، اولاً: اقدامات اتخاذ شده بایستی به نحو دقیق، طوری طراحی شده باشند که «هدف مورد نظر را محقق نمایند». دوماً: شیوه‌های مورد استفاده «بایستی تا آنجا که ممکن است، آسیب کمتری را به دارنده حق وارد نمایند» و سوماً: بایستی «میان اثرات و نتایج حاصل از اقدامات اتخاذ شده و اهمیت هدف مورد نظر تعادل وجود داشته باشد».

در ارزیابی این موضوع که آیا اقدامات نقض‌کننده 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 محدودکننده‌ای برای تحقق آن هدف وجود ندارد؟ و اینکه آیا هزینه وارده بر دارنده حق، با منافع جمعی حاصله قابل توجیه هست یا خیر؟ این سه جنبه از مدل بالانس، تحت عناوین آزمون مناسبت،^۴ آزمون ضرورت^۵ و آزمون تناسب^۶ (در معنای مضیق) نامگذاری شده و شناخته می‌شوند. برای نشان دادن چگونگی اجرای آزمون ضرورت در عمل، می‌توان به یکی از دعاوی مطرح شده در دادگاه اروپایی حقوق بشر اشاره کرد: پرونده خانم وگت علیه دولت فدرال آلمان (Vogt v. Germany, Judgment of 26 September 1995, Series A, No. 17851/91).

خانم درسا وگت که تبعه دولت آلمان بود، در اثنای تحصیل زبان و ادبیات در دانشگاه مربورگ لان، به عضویت حزب کمونیست آلمان درآمد. وی پس از اتمام تحصیل، در آزمون دبیری شرکت نموده و وضعیت کارمند دولتی مشروط (آزمایشی) در دبیرستانی دولتی واقع در ژور مشغول به کار شد. مدتی بعد یعنی در تاریخ ۱۳ جولای ۱۹۸۲ شورای منطقه‌ای

¹ Demonstrably Justified.

² R v Oakes (1986), Ibid, p. 139 (Dickson CJC).

³ A Form of Proportionality Test.

⁴ The Suitability Test.

⁵ The Necessity Test.

⁶ The Proportionality Test.

وسر-امس پس از انجام تحقیقات اولیه، قراری را صادر نمود که به موجب آن، رسیدگی‌های انضباطی علیه خانم وگت آغاز گردید. در تحقیقات به عمل آمده، ادعا شده بود که خانم وگت، فعالیت‌های سیاسی مختلفی را در جانبداری از حزب کمونیست آلمان (حزبی که اهداف و برنامه‌هایش در تغایر با اصول مشروطه دموکراتیک آزاد آلمان قلمداد می‌شد) از پاییز ۱۹۸۰ به این سو انجام داده و بر این مبنا در انجام وظیفه وفاداری به قانون اساسی (وظیفه وفاداری سیاسی که وی به عنوان کارمند دولت بر اساس بند دوم ماده ۶۱ قانون خدمات دولتی لاور ساکسنی موظف به انجام آن بود) کوتاهی نموده است. در دعاوی انضباطی دیگر مطرح شده علیه خانم وگت، در نهایت حکم اخراج نامبرده از خدمت در دولت صادر شد. (Ibid, pp.6-11) وی در تاریخ ۱۳ فوریه ۱۹۹۱ با استناد به مواد ۱۰، ۱۱ و ۱۴ کنوانسیون (به ضمیمه ماده ۱۰) دادخواستی را به کمیسیون اروپایی حقوق بشر ارائه نموده و مدعی گردید که دولت آلمان حق او بر آزادی بیان و گردهمایی و تجمع را نقض نموده است (Ibid, pp. 18-20). پس از ارجاع امر به دادگاه اروپایی حقوق بشر، دادگاه اعلام نمود که اخراج خانم وگت به دلیل اشتغال نامبرده به فعالیت‌های سیاسی و عضویت موثر و مستمر در حزب کمونیست، مداخله در اعمال حق وی بر آزادی بیان بوده است، با این همه مداخله مذکور به موجب قانون صورت گرفته و هدف مشروع حفاظت از امنیت ملی را در چارچوب مقصود پاراگراف دوم ماده ۱۰ کنوانسیون دنبال می‌کرده است (Ibid, pp. 20-21). اما آنچه در این مرحله پرداختن بدان از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است، آن است که دادگاه تعیین نماید آیا اخراج خانم وگت به سبب پاسخ به یک نیاز اجتماعی مبرم و فوری صورت گرفته و در یک جامعه دموکراتیک ضروری بوده است یا خیر؟ دادگاه در پاسخ به این مسئله خاطر نشان ساخت که خانم وگت، معلم زبان آلمانی و فرانسوی در دبیرستان دولتی بوده، شغلی که فی‌نفسه هیچ‌گونه ریسک امنیتی را که بتواند به نحو موجه، زمینه مداخله مقامات دولتی در اعمال حق خانم وگت را فراهم آورد، در بر نداشته است. ریسکی که می‌توانسته مداخله مقامات دولتی در اعمال حق نامبرده را موجب شود، آن بوده که خانم وگت برخلاف وظایف و مسئولیت‌های خاص معلمی‌اش، از موقعیت خود برای القای

اندیشه‌های سیاسی خویش به شاگردانش استفاده کند و آنها را تحت تاثیر دیدگاه‌های سیاسی خود در جانبداری از حزب کمونیست قرار دهد.

این در حالی است که عملکرد وی توسط ناظران آموزشی، کاملاً رضایتبخش توصیف گردیده و وظایف معلمی‌اش را به نحو قابل قبول و بدون هیچ کم و کاستی انجام داده است. در واقع، مقامات دولتی، چهار سال پس از اشتغال خانم وگت به تدریس در دبیرستان، مبادرت به اخراج وی نموده‌اند، که این خود گویای این حقیقت است که مقامات مزبور، ضرورت دور ماندن شاگردان از تأثیرات وی را به عنوان یک نیاز اجتماعی مبرم شناسایی نکرده بودند (Ibid, pp. 26-28). در پرتو تمامی این واقعیات، دادگاه در پایان چنین نتیجه‌گیری نمود که اگرچه دلایل مطرح شده از سوی دولت آلمان برای توجیه مداخله‌اش در اعمال حق بر آزادی بیان خانم وگت، کاملاً «مرتبط» بوده‌اند اما آن اندازه کافی نبوده‌اند تا بتوانند این موضوع را به اثبات رسانند که اخراج خانم وگت در یک جامعه دموکراتیک، ضروری و گریزناپذیر بوده است. (Ibid, p32). پرونده تولکس آلفا ای بی به طرفیت اداره بازرسی مواد شیمیایی سوئد (Toolex Alpha AB v. Kemikalieinspektionen, Judgment of 11 July 2000, Case C-473/98) نیز یکی دیگر از نمونه‌های بسیار جالبی است که نحوه اجرای آزمون تناسب توسط دادگاه اروپایی عدالت را به تصویر می‌کشد:

تولکس آلفا ای بی، یک کارخانه سوئدی سازنده قطعات مکانیکی مورد استفاده در تولید دیسک‌های فشرده بود که برای زدودن آثار گریس به جای مانده بر روی قطعات فلزی در خلال چرخه تولید، از حلالی شیمیایی به نام تری کلرواتیلن استفاده می‌نمود. این حلال به موجب دستورالعمل شماره ۶۷/۵۴۸ جامعه اروپا در خصوص طبقه‌بندی، شناسایی و معرفی مواد خطرناک مصوب ۱۹۶۷، به عنوان یکی از عناصر زیرمجموعه طبقه سوم با نشان تجاری ۴۰ (سمی) و نشان تجاری ۵۲/۵۳ (مضر برای محیط زیست) معرفی و قلمداد شده بود. در همین راستا، کشور سوئد در سال ۱۹۹۱ قانونی را تصویب نمود که به موجب آن، فروش، نقل و انتقال و کاربرد محصولات شیمیایی‌ای که کلاً یا در بخشی، از تری کلرواتیلن تشکیل شده بودند را ممنوع می‌ساخت. با این همه، قانون مزبور، پاره‌ای

استثنائات را در جایی که استفاده از این ماده به دلایل مشخص قابل توجیه بود، مقرر داشته بود. (Ibid, pp. 225- 27)

کارخانه تولکس در راستای فعالیتهای صنعتی خویش، از اداره بازرسی مواد شیمیایی سوئد تقاضا کرد تا مجوز لازم جهت ادامه استفاده از تری کلرواتیلن توسط این کارخانه را صادر نماید. اداره بازرسی، درخواست مزبور را در ۱۸ ژوئن ۱۹۹۶ رد کرده و اعلام نمود کارخانه تولکس حق استفاده از این ماده را به جهت آثار زیانبار آن بر سلامت کارگران خود و مشتریان ندارد. مقامات کارخانه از این تصمیم به مراجع قضایی سوئد شکایت کردند که در نهایت دادگاه تجدیدنظر استهکلم پرونده را به دادگاه اروپایی عدالت ارجاع نمود (Ibid, pp. 227-31).

دیوان دادگستری اروپایی در بررسی پرونده خاطرنشان ساخت که ایجاد قواعد و رویه‌های ملی محدودکننده به‌کارگیری مواد خطرناک و مضر «تا حدی که برای حمایت موثر از بهداشت و سلامت عمومی ضروری است»، موجه و بلامانع بوده و بر اساس مقررات ماده ۳۶ معاهده جامعه اروپا قابل پذیرش است. با درنظر گرفتن نتایج تحقیقات پزشکی اخیر در این خصوص، که اثرات زیانبار تری کلرواتیلن بر سلامت انسان‌ها و محیط زیست را از لحاظ علمی به اثبات می‌رسانند، دلیلی وجود ندارد که دادگاه نتیجه‌گیری نماید، قانون‌گذار ملی سوئد محدودیت‌هایی را «فراتر از میزانی که برای حفظ سلامت انسان‌ها و بهداشت عمومی لازم و ضروری بوده»، مقرر داشته است. در پرتو ملاحظات پیش‌گفته، دادگاه اعلام نمود که ایجاد محدودیت‌های کلی بر مصارف صنعتی تری کلرواتیلن توسط قانون‌گذار ملی سوئد با هدف حمایت از سلامت و حیات انسان‌ها و حفظ محیط زیست، در پرتو ماده ۳۶ معاهده جامعه اروپا موجه و قابل قبول بوده و بار نامتناسبی را بر دوش دارندگان حق قرار نداده است (Ibid, 231-37).

بدین ترتیب می‌توان چنین نتیجه گرفت که نظریه تعادل به همراه آزمون‌های سه‌گانه آن، استعاره نیرومندی است که شیوه صحیح تصمیم‌گیری به عنوان یک کل را به تصویر می‌کشد. با این همه استعاره مذکور، برخلاف آنچه مخالفین اظهار می‌دارند، بر این امر دلالت نمی‌کند که برای تعیین وزن نسبی منافع متعارض می‌توان منافع مزبور را به یک متر

اندازه‌گیری واحد فروکاسته و با یکدیگر مقایسه نمود. استعاره تعادل در برابر، این ایده را منعکس می‌کند که می‌توان «یک قضاوت هنجاری»^۱ را درباره اهمیت نسبی اصول و ارزش‌های متعارض انجام داد.

آنچه از این رهگذار بر ما روشن می‌شود آن است که تعادل، «روش بنیادین استدلال»،^۲ به ویژه استدلال عملی است. بدین ترتیب، ویژگی کلیدی مدل تعادل، آن است که این مدل، تعارضات موجود میان حقوق فردی و منافع عمومی را با اتکا به شیوه اول از استدلال عملی حل نموده و در سطح «دلایل مرتبه اول» عمل می‌کند (Myerson, D., Ibid, p.807). 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. این ویژگی مدل تعادل بر این فرض استوار گردیده که به‌رغم برخورداری از ماهیت مجزا و متمایز، حق و مصلحت را می‌توان با یکدیگر سنجیده و مقایسه نمود. در این رویکرد، فرض گرفته می‌شود که شاخصی برای اندازه‌گیری وجود دارد که بر مبنای آن نتایج حاصل از تأمین حقوق فردی در برابر نتایج حاصل از تضمین منافع جمعی، ارزیابی، مقایسه و متوازن می‌شوند. بدین ترتیب، بنا به نظر الکسی، هزینه وارده بر یک حق در برابر منفعت حاصل از محدودیت آن، در درون یک دستگاه محاسباتی واحد مورد سنجش و ارزیابی قرار می‌گیرد (Alexy R. 2007, p.21).

آنچه درست در همین منزلگاه از سخن باید بر آن نور تاباند و برای نیل به مدعای این نوشتار بدان اشاره کرد آن است که راستی چرا به‌رغم جذابیت‌های غیر قابل انکار نظریه تعادل، برخی از نظریه‌پردازان، همچنان در مقابل آن مقاومت می‌کنند؟ آیا به راستی نظریه تعادل، شیوه‌ای «عقلانی» را برای حل تعارض حقوق فردی و منافع جمعی ارائه می‌کند؟

الف) عقلانی بودن نظریه تعادل

یکی از مهمترین پرسش‌هایی که از سوی متفکرین مختلف مطرح گردیده، آن است که آیا برآستی تعادل، «یک فرایند عقلانی برای اعمال هنجارهای حقوقی»^۳ است یا بیشتر «یک

¹ A Normative Judgment.

² The Basic Way of Reasoning.

³ A Rational Procedure for Applying Legal Norms.

وسيله نمادين و شعاری^۱ است که برای توجیه هرگونه تصمیم‌گیری قضایی «به هر نحو» مورد استفاده قرار می‌گیرد؟ در این مبحث ابتدا به بررسی انتقادات گوناگون وارد شده بر مدل بالانس پرداخته، سپس مفهوم و ساختار این متد را به دقت مورد بحث و بررسی قرار داده و عقلانیت مدل مذکور را اثبات خواهیم کرد.

از منظر منتقدان، متد تعادل به دلایل متعدد، فرایندی غیرعقلانی و ناموجه است. از میان نویسندگان، هابرماس و اسپلینک، بیش از همه بر غیرعقلانی بودن فرایند تعادل تاکید نموده‌اند. از جمله، هابرماس با بیان اینکه هیچ استاندارد عقلانی‌ای برای برقراری تعادل وجود ندارد، اذعان داشته: «در فرایند تعادل، سنجش و ارزیابی منافع متعارض، «به نحو خودسرانه»^۲ و «بدون تامل»^۳ «بر طبق استانداردها و اولویت‌بندی‌های رایج و متداول (عرفی)»^۴ صورت می‌پذیرد. (Habermas, J. 1996, p. 259)

اسپلینک، مفاهیم «ذهنی بودن»^۵ و «گزینش گرانه بودن» را برای توصیف آزمون‌های تعادل به ویژه آزمون تناسب در معنای مضیق به کار می‌گیرد؛ با این رویکرد که در آزمون تناسب در معنای مضیق، این صرفاً، ذهنیت اجراکننده آزمون است که می‌تواند در نهایت تعیین‌کننده باشد. اجرای آزمون‌های تعادل در نهایت، به شیوه‌ای گزینش گرانه امکان‌پذیر خواهد بود.

از میان مهمترین انتقادات وارد شده بر عقلانیت فرایند تعادل می‌توان به تعیین‌ناپذیری، غیر قابل‌قیاس بودن منافع مورد سنجش و پیش‌بینی‌ناپذیری نتیجه آن اشاره کرد: (الف) تعیین‌ناپذیری: هیچ معیار عینی حقوقی وجود ندارد که بتوان به وسیله آن، تصمیمات قضایی را تحت ضابطه درآورده و کنترل نمود. از این منظر، تعادل، ساختاری تصنعی قلمداد می‌شود که تنها بر ارزیابی‌های ذهنی قضات مبتنی است. الینکاف می‌گوید: از

¹ A Mere Rhetorical Device.

² Arbitrarily.

³ Unreflectively.

⁴ According to Customary Standards and Hierarchies.

⁵ Subjectivity.

آنجایی که آزمون‌های تعادل، «معادله‌های ریاضیاتی یا اقتصادی واقعی»^۱ نیستند، هیچ راهی وجود ندارد تا پاسخ‌های قضات را آن‌گونه که پرسش و پاسخ‌های ریاضیاتی چک می‌شوند، چک کرده و صحت و سقم آنها را ثابت نمود. (Aleinikoff, T. Alexander, Ibid, p. 973 برخی دیگر از اندیشمندان نیز به طور کلی ادعان داشته‌اند که «ترازوی بالانس حقوقی نمی‌تواند دربرگیرنده ایده‌های شخصی قضات باشد، مگر اینکه قانون اساسی بخواهد به دوران عزلت و انزوای خویش بازگردد. به باور این دسته از نویسندگان، مدل تعادل، «شکل غیرقابل قبولی از تجزیه و تحلیل قانون اساسی»^۲ است که بایستی کنار گذاشته شود.» (Chemerinsky, 1989, pp.173-79) سرانجام به باور منتقدین، از آنجایی که هیچ ترازوی حقوقی واقعی و هیچ منفعت قابل اندازه‌گیری‌ای وجود ندارد، اجرای مدل تعادل عقلانی نبوده، لذا قضات بایستی تا آنجا که ممکن است از اجرای مدل مزبور خودداری نمایند.^۳

ب) ناهم‌سنج بودن ارزش‌ها: دادگاهی که آزمون‌های مدل تعادل را اجرا می‌کند، «واحدهای غیرقابل اندازه‌گیری»^۴ را اندازه‌گیری نموده و «آیتم‌های غیر قابل قیاس»^۵ را مقایسه می‌نماید.^۶ دین الینکاف تاکید می‌کند که «این امر موجب می‌شود تا قضات

¹ True Mathematical or Economic Equations.

² An Unacceptable Form of Constitutional Analysis.

^۳ برای ملاحظه نکات و توضیحات تفصیلی در این باره، نک:

Tribe, (1985), "Constitutional: Equal Justice or Economic Efficiency?", In *Harvard Law Review*, Vol. 98, pp. 592, 620.

⁴ The Unmeasurable Items.

⁵ The Incomparable Items.

^۶ برای مذاقه و مطالعه شرح تفصیلی آنچه ذکر آن رفت، نک:

Frantz, L. B. (1963), "Is the First Amendment Law? A Reply to Professor Mendelson", In *California Law Review*, Vol. 51, pp. 729, 748; See Also: Taylor, M. (1991), "The VMI Decision: A Look at the Balancing Process in Equal Protection Cases", In *University of California, Los Angeles Law Review*, Vol. 60, pp. 393, 395-96 (discussing the argument that it is difficult to assign values to interests and subsequently compare them); Edelman, P. B. (1990), "Free Press v. Privacy: Haunted by the Ghost of

تجدید نظر حتی در صورتی که با شکل مشابهی از آزمون تعادل موافق باشند، به نتیجه گیری‌های متفاوتی دست یابند.» (Aleinikoff, T. A. 1987, Ibid, p.975) فقدان قضاوت هماهنگ و یکپارچه در اثر به کارگیری آزمون‌های مدل تعادل، به روشنی نشان می‌دهد که آزمون‌های مزبور تا چه اندازه ناقص و نارسا هستند. (Schmidt, C. J. (2008), p.291) بر همین مبنا، دین الینکاف اظهار می‌دارد که مشکل اصلی مدل تعادل، آن است که مدل مزبور، تلاش می‌کند تا آیت‌های غیر قابل اندازه گیری را، اندازه گیری نماید. به باور مخالفان ایده تعادل، مدل مذکور در تلاش برای معرفی متری مشترک جهت اندازه گیری منافع متعارض افراد و جامعه، در نهایت بر شکلی از سود انگاری تکیه می‌کند. مذاقه در نکات اندیشمندان پیش گفته نشان می‌دهد تعادل، این استراتژی سود انگار، با ریسک بالایی توأم خواهد بود، زیرا قضاوت ما درباره منافع متعارض فرد و جامعه را به ورطه ارائه پاسخ صحیح به «پرسش‌های بسیار دشوار و چالش برانگیز در فلسفه اخلاق»^۱ خواهد کشاند. به باور این دسته از متفکرین این فرض، مدل تعادل 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 بی معنا شدن مفهوم حق خواهد شد. از منظر آنها، اگر حق‌های بنیادین را نوعی منفعت، مشابه با مصالح دولتی به شمار آوریم که حمایت از آنها بستگی به ملاحظات همچون وزن نسبی منافع متعارض دارد، حمایت اعطا شده به حق‌ها توسط قانون اساسی را سست و متزلزل خواهیم کرد.

ج) پیش‌بینی ناپذیری: بخشی دیگر از منتقدین، ایده تعادل را به دلیل غیر قابل پیش‌بینی بودن نتیجه آن، ایده‌ای غیر عقلانی قلمداد کرده و مورد تردید قرار داده‌اند. بر اساس دیدگاه این دسته از منتقدین، تعادل در نهایت به «تصمیم‌گیری‌های شخصی» منتهی خواهد شد که با توجه به اوضاع و احوال خاص پرونده و نه بر مبنای معیارهای کلی به دست

Justice Black", In *Texas Law Review*, Vol. 68, pp. 1195, 1213 (discussing the argument that it is difficult to assign values to interests and subsequently compare them)

¹ An Extremely Vexing and Controversial Question in Moral Philosophy.

می آیند؛ گویی با هدف برقراری عدالت در هر پرونده خاص، «قطعیت»،^۱ «هماهنگی»^۲ و «عمومیت»^۳ قانون را قربانی بررسی مورد به مورد تمامی ملاحظات مرتبط می سازند.
(Evans. and Stone. 2007, pp. 3-4)

ب) عقلانی بودن یا بیش عقلانی بودن^۴

برخی از جنبه‌های انتقادات پیش گفته بایستی رد شوند، زیرا نشان دهنده عقلانیت بیش از حد و در نتیجه بیش عقلانی بودن ابرازکنندگان آنها هستند. این ادعا که تعادل، فرایندی «ساختگی»^۵ است و نمی‌تواند مانع نفوذ «ارزیابی‌های ذهنی»^۶ قضات به جریان رسیدگی شود، ادعایی درست است، اما این امر بدین معنا نیست که تعادل، فرایندی غیرعقلانی است و «صرفاً» بر این گونه ارزیابی‌ها متکی است. این «قیاس»^۷ نیز به نوبه خود، «ساختگی» است و ارزیابی‌های ذهنی را محدود نمی‌سازد، اما با این وجود هیچ‌کس نمی‌تواند قیاس مزبور را به این دلیل، غیرعقلانی به حساب آورد. روشن است که در فرایند تعادل، هیچ تضمینی برای «عینیت»^۸ وجود ندارد. این امر خود بر این واقعیت مبتنی است که عینی بودن، «یک ایده‌آل»^۹ است که در هیچ «زمینه‌ای هنجاری»^{۱۰} به ویژه در زمینه‌های هنجاری چالش‌برانگیزی همچون اصول که به شدت با ایدئولوژی‌ها در ارتباطند، (به طور کامل) قابل تحقق نیست.^{۱۱} در چنین نظامی حقوقی ایده‌آلی، مقررات

¹ The Certainty.

² The Coherence.

³ The Generality.

⁴ Rationality or Hyper-Rationality.

⁵ Formal.

⁶ The Subjective Appraisals.

⁷ The syllogism.

⁸ The Objectivity.

⁹ An Ideal.

¹⁰ Normative Field.

^{۱۱} برای آشنایی بیشتر با جزئیات ایده شکاکیت نسبت به عینیت تفسیر حقوقی، انتقادات هانس کلسن به «توهم قطعیت حقوقی» را مطالعه نمایید:

مصرح در قانون اساسی و قوانین موضوعه، توجیهی عینی را برای هر قضاوت فراهم خواهند نمود، زیرا مقررات مذکور دقیقاً تبیین خواهند کرد که در هر وضعیت قابل تصور، چه چیز «مجاز»،^۱ چه چیز «ممنوع»^۲ و چه چیز «الزامی»^۳ است. با این همه به نظر می‌رسد، ایجاد چنین نظام حقوق ایده‌آلی نه «عملی»^۴ است و نه «قابل تصور»^۵. Pulido, (C. B. 2009, p.6)

فقدان قطعیت، درب را به روی ارزیابی‌های ذهنی قضات می‌گشاید و این امر، لزوماً در تعادل و هر فرایند تصمیم‌گیری جایگزینی نمود خواهد یافت. بر این مبنا، هر کس که مدعی است ارزیابی‌های ذهنی قاضی بایستی از فرایند تعادل کنار گذاشته شوند، بیش عقلانی است. کاملاً روشن است که «وظیفه تعیین "محتوای هنجاری اصول»»^۶ این اجازه را به قاضی می‌دهد که به منظور حل چالش‌های مربوط به این مسائل که هر فرد از چه میزان از آزادی برخوردار است و دولت تا چه میزان می‌تواند در افعال آزادانه افراد در جهت تأمین مصلحت عمومی جامعه مداخله نماید، صلاحیت اختیاری خویش را اعمال نماید. بنابراین ما نمی‌توانیم انتظار داشته باشیم که «یک پاسخ صحیح واحد»^۷ برای منازعاتی با این وسعت و پیچیدگی وجود داشته باشد.

تعادل، یک فرایند عملی متداول در استدلال حقوقی است و نتایج آن، عموماً در زندگی روزمره و رویه حقوقی قابل پذیرش است. بر این اساس، ضروری است تا مشخص کنیم چگونه یک نفر هنگامی که اصول را به واسطه فرایند تعادل اعمال می‌نماید می‌تواند

Kelsen, H. (1992), *Introduction to the Problems of Legal Theory*, (trans.) Bonnie Litschewski Paulson and Staley L. Paulson, Oxford: Oxford University Press, p. 83.

¹ Permitted.

² Prohibited.

³ Required

⁴ Feasible.

⁵ Convenient.

⁶ Normative Content of Principles.

⁷ A Single Correct Answer.

بیشترین میزان ممکن عقلانیت را به کار گیرد، برای پاسخ به این پرسش لازم است ابتدا توضیح دهیم که عقلانیت به چه معناست و الزامات عقلانی بودن فرایند تعادل کدامند: عقلانیت، مفهومی «مبهم و نارسا»^۱ است. در یک سطح بسیار مضیق، عقلانیت به دو وجه اشاره دارد: نظری و عملی. «عقلانیت نظری، متضمن این معناست که تئوری‌ها و مفاهیم، ساختاری دقیق داشته، کاملاً روشن بوده و از تمامی تناقضات رها باشند. این در حالی است که عقلانیت عملی، مبین شرایطی است که یک عمل انسانی بایستی محقق نماید، تا عقلانی شمرده شود. این یک "مفهوم ارزیابانه"^۲ از عقلانیت است که به ویژه با حقوق مرتبط است، زمانی که اعمال قضایی مربوط به اعمال هنجارها مورد بررسی و ارزیابی قرار می‌گیرند.» (Craig, 2010, p. 279) هر دو مفهوم عقلانیت، با انتقادات مطروحه پیرامون فرایند تعادل مرتبطند. انتقاد مربوط به تعیین ناپذیری، تعادل را به روشن نبودن و نداشتن ساختار دقیق متهم می‌کند. هر کسی که در صدد است تا این اتهام را مرتفع سازد، بایستی مدلی از تعادل را صورت‌بندی کند که در آن، مفهوم و ساختار به گونه‌ای روشن و دقیق فهمیده و درک می‌شوند. از طرف دیگر، عقلانیت عملی نیز با هر سه انتقاد مطرح شده در خصوص فرایند تعادل مرتبط است. انتقادات مطروحه پیرامون فقدان عینیت، غیر قابل قیاس بودن منافع مورد سنجش و پیش‌بینی ناپذیری بر این امر دلالت می‌کنند که فرایند تعادل، از نقطه نظر عملی، غیرعقلانی است.

بر اساس مقدمات پیش گفته بایستی این پرسش را مطرح ساخت که آیا می‌توان مدلی از تعادل را ارائه نمود که کلیه لوازم عقلانیت نظری و عملی را فراهم سازد؟ این ادعا که فرمول سنجش ارائه شده توسط رابرت الکسی، چنین مدلی را عرضه می‌کند، در اینجا قابل دفاع به نظر می‌رسد. به اعتقاد او سه رکن یا مولفه، ساختار کلی تعادل را تشکیل می‌دهند: «قاعده تعادل»^۳، «فرمول سنجش»^۴ و «مسوولیت استدلال»^۵. ابتدا مفهوم کلی تعادل را

¹ Ambiguous.

² An Evaluative Sense.

³ The Rule of Balancing.

⁴ The Weight Formula.

⁵ The Burden of Argumentation.

در مدل پیشنهاد شده توسط رابرت الکسی مورد بررسی قرار داده، سپس به تشریح و تحلیل ارکان سه‌گانه ساختار تعادل از نظر وی خواهیم پرداخت.

بر طبق نظر الکسی، اصول، «الزامات به‌حداکثرسانی»^۱ هستند. یک چیز بایستی تا بیشترین حد امکان با توجه به امکانات قانونی و عملی محقق شود. (Alexy, 2002 p. 48)

فرایند تعادل نه دربرگیرنده اعتبار «یک نظام ترتبی از حق‌های بنیادین»^۲ است و نه «یک نظام ترتبی از اصول عدالت»^۳. بر این اساس، تعادل صرفاً ساختاری است که نه یک رابطه تقدمی مطلق، بلکه «یک ارتباط ترتبی مشروط میان اصول در پرتو اوضاع و احوال پرونده»^۴ را به منظور تصمیم‌گیری قضایی تبیین می‌نماید. (Alexy Ibid, p. 52)

چنانچه ما با الکسی موافق باشیم به منظور برقراری رابطه اولویت مشروط میان اصول متعارض، ضروری است تا سه مولفه یا رکن را مورد بررسی قرار دهیم که ساختار تعادل را شکل می‌دهند: قاعده تعادل، فرمول سنجش و مسوولیت استدلال.

اول - قاعده تعادل

بر طبق قاعده تعادل؛ «هر چقدر درجه (میزان) عدم اعمال یک اصل یا آسیب رساندن به آن، بیشتر باشد، میزان اهمیت اصل (متعارض با آن) بایستی بیشتر باشد». (Alexy, R. 2002, p. 102)

الکسی این امر را، قانون تعادل می‌نامد. قانون تعادل به روشنی نشان می‌دهد که فرایند تعادل را می‌توان به سه مرحله تجزیه کرد: در مرحله نخست، «میزان عدم تحقق یا آسیب وارده به اصل اول»^۵ تعیین می‌گردد. این مرحله با مرحله دوم دنبال می‌شود که طی آن، «[میزان] اهمیت اعمال اصل متعارض»^۶ مشخص خواهد شد. در مرحله سوم و مرحله نهایی، این امر مورد بررسی قرار می‌گیرد که «آیا اهمیت اعمال اصل

¹ The Optimisation Requirements.

² A Lexical Order of Constitutional Rights.

³ A Lexical Order of Justice Principles.

⁴ A Conditional Relation of Precedence between the Principles in the Light of the Circumstances of the Case.

⁵ The Degree of Non-Satisfaction of, or Detriment to, the First Principle.

⁶ The Importance of Satisfying the competing principle.

متعارض، عدم اعمال اصل اول یا آسیب وارده بدان را توجیه می‌کند یا خیر؟». بایستی به این نکته توجه داشت که مراحل اول و دوم از فرایند تعادل، هم‌تراز و هم‌سنگند. هر دو مرحله، در بردارنده عملیات مربوط به تعیین میزان اهمیت اصول در خطر هستند.^۱ «اهمیت اصول در خطر»،^۲ تنها «متغیر مربوط»^۳ نیست. یک متغیر دیگر، «وزن انتزاعی اصول متعارض»^۴ است.^۵ اوزان انتزاعی مختلف می‌توانند از سلسله‌مراتب متفاوت منابع حقوقی‌ای نشئت گرفته باشند. (یا) وزن انتزاعی یک اصل می‌تواند با ارجاع به ارزش‌های اخلاقی و اجتماعی آشکار مشخص شود. برای مثال می‌توان چنین ادعا کرد که «اصل حمایت از حیات، یک وزن انتزاعی بیشتری نسبت به آزادی دارد، زیرا یک نفر تنها در صورتی قادر به اعمال آزادی خود خواهد بود که زنده باشد. همچنین دادگاه قانون اساسی بسیاری از کشورها، وزن انتزاعی بیشتری را به سخنرانی آزادانه به دلیل ارتباط آن با دموکراسی و یا حق بر خلوت به جهت ارتباطش با کرامت و حرمت انسانی اعطا کرده‌اند، هنگامی که این اصول در خطر قرار می‌گیرند.» (Alexy, R. 2010, p. 34.) یک متغیر سوم نیز بایستی در اینجا افزوده شود و آن، «قابل اتکا بودن فرضیات تجربی»^۶ مربوط به اندازه‌گیری میزان اهمیت اصول متعارض است.^۷

^۱ از این پس ما به تبعیت از الکسی، میزان مداخله در اصل اول یا آسیب وارده بدان را با علامت IPiC و میزان اهمیت تحقق اصل متعارض را با علامت SPjC نشان خواهیم داد. نک:

Alexy, R. (2002), Ibid, p. 406.

^۲ The Importance of the Principles at Stake.

^۳ The Relevant Variable.

^۴ The Abstract Weight of the Competing Principles.

^۵ از این پس ما به تبعیت از الکسی، وزن انتزاعی اصل اول را با علامت WPiA و وزن انتزاعی اصل دوم را با علامت WPjA نشان خواهیم داد. نک:

Ibid.

^۶ The Reliability of the Empirical Assumptions.

^۷ از این پس ما به تبعیت از الکسی، قابل اتکا بودن فرضیات تجربی مربوط به اصل اول را با علامت RPiC و قابل اتکا بودن فرضیات تجربی مربوط به اصل دوم را با علامت RPjC نشان خواهیم داد. نک: Alexy, R. (2002), Ibid.

پیش از بررسی فرمول سنجش، ذکر این نکته ضروری است که تبیین الکسی از مدل تعادل، بر برقراری نوعی تمایز خاص میان اصول و قواعد حقوقی استوار است. به باور الکسی، قواعد، هنجارهایی هستند که چیزی را به نحو قطعی مقرر می‌کنند. آنها، «اوامری قطعی»^۱ اند که به شیوه همه یا هیچ اعمال می‌شوند.^۲

در مقابل اصول، هنجارهایی هستند که مقرر می‌دارند که چیزی بایستی تا بیشترین حد ممکن با توجه به امکانات عملی و قانونی موجود انجام شود. بنابراین، اصول، الزامات به حداکثرسانی هستند. بدین ترتیب، اصول به واسطه این واقعیت که می‌توانند به درجات متفاوتی اعمال شوند، شناخته می‌شوند و اینکه درجه مقتضی اعمال و اجرای آنها، نه تنها به امکانات عملی وابسته است، بلکه به آنچه قانوناً امکان‌پذیر است، نیز وابسته و متکی است. امکانات قانونی اساساً از طریق اصول متعارض تعیین می‌شوند. به این دلیل، اصول همواره دربردارنده یک «الزام در بادی نظر»^۳ هستند. تعیین درجه (میزان) مقتضی اعمال یک اصل نسبت به الزامات اصلی دیگر، از طریق فرایند تعادل صورت می‌پذیرد. بر این اساس، تعادل، شیوه صحیح ارزیابی و مقایسه اصول متعارض بوده که وزن نسبی آنها قابل سنجش و اندازه‌گیری است.

الکسی در اعطای نقشی کلیدی به اصول در تصمیم‌گیری‌های قضایی و تفکیک فائل شدن میان اصول و قواعد و تأکید بر این مهم که اصول دارای بعد مربوط به وزن بوده و قواعد فاقد چنین بعدی هستند، نظیر و همانند نظریه رونالد دورکین قلمداد می‌شود. از دید دورکین، قواعد در استدلال کسانی که آنها را اعمال می‌کنند به «روش همه یا هیچ» عمل می‌کنند، به این معنا که اگر قاعده‌ای معتبر و در همه موارد یا قضیه‌ای معین قابل اعمال باشد، در این صورت، نتیجه یا اثر قانونی را «به‌نحو ضروری به‌دست می‌دهد» یا به‌طور قطعی تعیین می‌کند. مانند این قاعده موضوعه که وصیت‌نامه بدون امضای دو شاهد اعتبار قانونی ندارد. به گمان دورکین، اصول حقوقی متفاوت از قواعدند، زیرا نه اعتبار که

¹ Definitive Commands.

² Subsumption.

³ Prima Facie Requirement.

وزن [میزان اهمیت] آنها محل بحث است. در مقایسه، قواعد یا معتبرند یا نامعتبر، اما دارای این بُعد مربوط به وزن نیستند، از این رو، اگر در صورت‌بندی اولیه خود میان آنها تعارضی واقع شود، از دید دورکین، تنها یکی از آنها می‌تواند معتبر باشد (Ibid).

با این وجود، چنانکه هارت به درستی بیان نموده، دلیلی وجود ندارد که این تمایز صد در صدی میان اصول و قواعد حقوقی را بپذیریم یا این نظر را که اگر قاعده معتبری بر دعوای مورد نظر قابل اعمال باشد، بر خلاف یک اصل، همواره باید نتیجه دعوا را به طور قطعی تعیین کند. از دیدگاه هارت، این موضع دورکین که قانون از قواعد همه یا هیچ و نیز اصول غیرقطعی تشکیل می‌شود، نمی‌تواند موضعی سازگار باشد. از نظر وی، مثال‌های نخست دورکین این معنا را می‌رسانند که ای بسا قواعد با اصول در تعارض واقع شوند و اینکه گاه یک اصل در رقابت با یک قاعده برنده می‌شود و گاه بازنده. (هارت، ۱۳۹۰، صص ۳۲-۳۳۱) دعوای ریگز علیه پالمز از جمله دعوایی است که دورکین نقل کرده است. در این دعوا، این اصل که نمی‌توان به فرد اجازه داد که از خطای خود منتفع شود، به‌رغم وجود قواعد موضوعه صریح در خصوص اثر وصیت‌نامه، مبنای تصمیم قرار گرفت تا مانع از به‌ارث‌بردن قاتل از وصیت‌نامه قربانی اش شود. این دعوا نمونه‌ای است از برنده شدن اصل در رقابت با قاعده، اما نفس وجود چنین رقابتی مسلماً نشانگر آن است که قواعد، ماهیتی همه یا هیچ ندارند، زیرا قابلیت در تعارض واقع شدن با اصولی را دارند که ممکن است بر این قواعد حاکم شوند. (همان، ۳۳۳)

بر این اساس نمی‌توان آن‌گونه که رابرت الکسی اظهار داشته، تعادل را تنها منحصر به اصول متعارض دانسته و در مورد قواعد به روش همه یا هیچ عمل کرد. همان‌طور که هارت به روشنی نشان داده، میان قواعد متعارض نیز می‌توان به مقایسه و ارزیابی پرداخت و قاعده‌ای را که وزن و اهمیت آن بیشتر است، در مورد خاص بر دیگر قواعد اولویت داد.

دوم. فرمول سنجش

بنا به نظر الکسی، فرمول سنجش از ساختار ذیل برخوردار است: (Alexy, R. 2002, p. 408)

$$WP_{i,j}C = \frac{IP_iC * WP_iA * RP_iC}{SP_jC * WP_jA * RP_jC}$$

فرمول مزبور حاکی از آن است که وزن عینی (قطعی)^۱ اصل P_i در یک پرونده مشخص نسبت به اصل P_j از تقسیم حاصلضرب شدت مداخله دراصل P_i ، وزن انتزاعی آن و قابل اتکا بودن فرضیات تجربی مرتبط با اهمیت اصل مزبور از یک سو و حاصل ضرب اهمیت اصل P_j ، وزن انتزاعی اصل مذکور و قابل اتکا بودن فرضیات تجربی مربوط به میزان اهمیت آن اصل از سوی دیگر به دست می‌آید. بر طبق نظر الکسی، فرمول سنجش، روندی است برای تعیین وزن عینی اصل P_i نسبت به اصل P_j در پرتو اوضاع و احوال پرونده. بر این اساس، فرمول سنجش به مثابه یک مکمل توسعه‌یافته برای قاعده تعادل قلمداد می‌شود. (Alexy, R. 2010, Ibid, p. 36.)

در هر حال، چنین به نظر می‌رسد که فرمول سنجش، آنگونه که الکسی توصیف نموده، در پی تثبیت یک قانون جدید برای تعادل است (Pulido, C. B. 2009, p. 12) هدف فرمول سنجش، تبیین یک رابطه اولویتی مشروط میان اصول در پرتو اوضاع و احوال خاص پرونده است. نکته کلیدی آن است که رابطه اولویتی تنها از طریق مقایسه اهمیت اصول مورد بحث مشخص نمی‌شود (مقایسه میان درجه مداخله در اصل اول یا آسیب وارده به آن و میزان اهمیت اعمال اصل دوم)، بلکه به واسطه عملیات گسترده‌تری تعیین می‌گردد که در بردارنده محاسبه وزن انتزاعی اصول و قابل اتکا بودن فرضیات تجربی مربوط به میزان اهمیت آنهاست. (Alexy, R. 2007, pp. 20-6) این بدین معناست که فرمول سنجش، صورت‌بندی موشکافانه‌تر به صورت نهفته در ورای قانون تعادل در چارچوب واژگانی تحلیلی است. «صورت‌بندی نوینی که در آن، ضرورت بررسی دو متغیر دیگر، یعنی وزن انتزاعی اصول و قابل اتکا بودن فرضیات تجربی مرتبط با آنها آشکار می‌گردد.» (Alexy, R. 2002, p. 435)

فرمول‌بندی جدید قانون تعادل بایستی به نحو ذیل دنبال شود:

$$WP_{i,j}C \leq WP_{i,j}C$$

نحوه اعمال فرمول مذکور را می‌توان با یک مثال عینی به روشنی نشان داد: پرونده کجلسن، بوسک مدسن و پدرسن علیه دانمارک. این در حالی بود که به موجب قانون

¹ The Concrete Weight.

شماره ۲۳۵ مصوب ۲۷ می ۱۹۷۰ پارلمان دانمارک، مدارس دولتی ابتدائی موظف گردیده بودند که به ارائه آموزش‌های جنسی همگانی اجباری به دانش‌آموزان خود بپردازند. شکات پرونده که ارائه چنین آموزش‌هایی را به فرزندان خود، مغایر باورهای دینی و اخلاقی خویش می‌دانستند، خواستار معافیت کودکانشان از حضور در جلسات درس آموزش جنسی شدند. نامبردگان در دادگاه اروپایی حقوق بشر علیه دولت دانمارک اقامه دعوی نمودند. دادگاه نیز با بیان اینکه قانون‌گذار دانمارک با تاسی جستن از نظریات کارشناسان، به درستی از این واقعیت مطلع بوده که کودکان دانمارکی بدون هیچ مانعی می‌توانند از مجاری گوناگون، اطلاعاتی را در خصوص مسائل جنسی دریافت کنند که آنها را به ارتباط جنسی علاقمند سازد، اعلام نمود که هدف مقنن از اجباری نمودن آموزش جنسی در مدارس دولتی، این بوده که اطلاعات و دانش صحیح، معقول و کافی در خصوص مسائل جنسی در اختیار دانش‌آموزان قرار گیرد. دستورالعمل و بخشنامه‌های ۸ ژوئن ۱۹۷۱ و ۵ ژوئن ۱۹۷۲ و نیز رهنمون کلی آوریل ۱۹۷۱، همگی نشان می‌دهند که دولت دانمارک با ارائه آموزش‌های جنسی مناسب به کودکان در زمان مناسب، در صدد بوده تا معضلات احتمالی ناشی از ارتباط جنسی غیرایمن از جمله بروز بارداری‌های ناخواسته، تولد نوزادان نارس، ابتلا به بیماری‌های مقاربتی و... را به دانش‌آموزان گوشزد نماید. به دیگر سخن، دولت دانمارک با ارائه آموزش‌های جنسی اولیه در صدد تأمین آن چیزی بوده که در یک جامعه دموکراتیک، مصلحت عمومی قلمداد می‌شود. بر این اساس، مصلحت عمومی جامعه اقتضا می‌کند تا سطحی از آموزش جنسی برای همگان فراهم‌آید که زمینه پیشگیری از معضلات احتمالی ناشی از ارتباط جنسی ناسالم و غیرایمن را فراهم نماید.

(Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, Judgment of 7 December 1976).

در این مثال، اقدام دولت در اجباری نمودن آموزش جنسی، الزامات قاعده تعادل را تأمین می‌نماید، زیرا به واسطه اعمال فرمول سنجش، وزن عینی اصل P_j ، بیشتر از وزن عینی اصل P_i تخمین زده می‌شود.

به نظر می‌رسد جای طرح این پرسش در همین نقطه باشد که آیا «معیارهایی عینی»^۱ برای تعیین ارزش متغیرهای مختلفی که فرمول سنجش در بردارنده آنهاست، وجود دارد یا خیر؟ فضای بیشتر برای اعمال صلاحیت قضایی، از ارزیابی و اندازه‌گیری وزن انتزاعی اصول متعارض توسط قاضی ناشی می‌شود. وزن انتزاعی، «یک متغیر بسیار منحصر به فرد»^۲ است که همواره با ملاحظات اخلاقی و ایدئولوژیکی قضات مرتبط است. متغیر مزبور، بر این امر دلالت می‌کند که قضات بایستی موضعی مشخص درباره «نظریه ماهوی قانون اساسی»^۳ اتخاذ کنند. (Pulido, C. B. 2009, p.17)

در هر حال، قضات به هنگام تعیین وزن انتزاعی اصول در خطر از صلاحیت قابل توجهی برخوردارند. در این نقطه، عقلانیت مدل تعادل از یک «حد»^۴ برخوردار خواهد بود، چراکه هیچ «درجه‌بندی از پیش تعیین شده کاملی»^۵ از اوزان انتزاعی اصول مختلف وجود ندارد که بتوان در قالب شاخص سه وجهی صورت‌بندی نمود. از این منظر می‌توان ادعان داشت که اندازه‌گیری وزن انتزاعی اصول بر طبق شاخص سه‌وجهی وابسته به آن نظریه ماهوی است که قضات در رابطه با قانون اساسی اتخاذ می‌نمایند. اگر نظریه اتخاذ شده، نظریه‌ای فردگرایانه باشد، قاضی مربوطه، بالاترین وزن انتزاعی را به اصل حمایت از آزادی اعطا خواهد کرد. در مقابل چنانچه نظریه مورد استناد، یک نظریه جمع‌گرایانه باشد، قاضی ممکن است بیشترین وزن انتزاعی را به اصول مرتبط با مصلحت عمومی اعطا نماید. بر این مبنا، قاضی بایستی مسئله را بر طبق «بهترین نظریه ماهوی درباره قانون اساسی»^۶ حل و فصل نماید. (Ibid, pp. 18-19)

برخی دیگر از محدودیت‌های عقلانیت تعادل با قابل اتکا بودن فرضیات تجربی مربوط به تعیین میزان اهمیت اصول در خطر مرتبند. همان‌گونه که پیشتر بیان شد درجه

¹ Objective Criteria.

² A Very Singular Variable.

³ The Substantial Theory of the Constitution.

⁴ The Limit.

⁵ Complete Pre-established Graduation.

⁶ The Best Substantial Theory of the Constitution.

حمایت‌گری عمل‌مورد مناقشه از یک اصل، با توجه به میزان کارآمدی، امکان‌پذیری، سرعت و دوام عمل‌مورد مناقشه در برآورده ساختن اصل مذکور تعیین و ارزیابی می‌شود. در این نقطه، محدودیت‌های عقلانیت با چندین عامل در ارتباط است. اول، بسیار دشوار است که قابل‌اتکا بودن فرضیات تجربی را از منظر هر یک از این موارد مشخص نماییم. دانش تجربی قضاوت محدود بوده و گاه آنها ارزش واقعی هر یک از این متغیرها را به درستی نمی‌دانند. دوم، ترکیب متغیرهای مورد بحث، به نوبه خود، امری بسیار پیچیده و چالش‌برانگیز است. همچنین اگر متغیرهای مشابه، ارزشی مشابه داشته اما به ترتیبی متفاوت قرار گیرند، آیا قابلیت اتکاء فرضیه تجربی مربوطه افزایش خواهد یافت؟

افزون بر این، ممکن است «مشکلی شناخت‌شناسانه»^۱ در رابطه با قابلیت اتکاء فرضیات هنجاری‌ای که میزان اهمیت و وزن انتزاعی اصول متعارض را مشخص می‌کنند، وجود داشته باشد. این موضوع، «صلاحیت شناختی هنجاری»^۲ پارلمان و دیگر قوای عمومی تصمیم‌گیرنده را رقم می‌زند. در این مرحله بایستی روشن شود که آیا فروض مربوطه، قابل اتکا بوده، قابل پذیرش قلمداد شده و یا آشکارا نادرست به حساب نمی‌آیند. (Ibid, p. 20)

سوم. مسؤلیت استدلال

سومین و آخرین رکن ساختار تعادل، مسؤلیت استدلال است. این مسؤلیت زمانی موضوعیت می‌یابد که فرمول سنجش به یک بن‌بست منتهی می‌گردد، به این معنا که وزن عینی اصول متعارض بر طبق محاسبات فرمول سنجش، برابر تخمین زده می‌شود.

$$(WP_{i,j}C = WP_{j,i}C)$$

الکسی از دو شیوه برای شکستن بن‌بست و عبور از آن استفاده می‌کند. به نظر می‌رسد که راه‌حل‌های دوگانه مزبور تا حدودی مشکل‌آفرین‌اند، چراکه همان‌گونه که خواهیم دید به نتایج نسبتاً متفاوت می‌انجامند. در تئوری حق‌های بنیادین، رابرت الکسی، به نفع مسؤلیت استدلالی بحث می‌کند که از «آزادی حقوقی و برابری حقوقی»^۳ حمایت

¹ An Epistemological Problem.

² The Normative Epistemic Discretion.

³ Legal Liberty and Legal Equality.

می‌نماید (Alexy, R. 2002, p. 384) بر طبق این رویکرد، هیچ اصل مغایر با آزادی حقوقی و برابری حقوقی نمی‌تواند در اولویت قرار گیرد، مگر اینکه «دلایلی قوی‌تر» به نفع آنها پیش کشیده شود. (Ibid, p. 385) به دیگر سخن از این منظر، بن بست بایستی به نفع آزادی و برابری حقوقی شکسته شود. الکسی با دفاعی متفاوت از مسئولیت استدلال چنین اظهار می‌دارد که قانون پارلمان نبایستی علی‌الظاهر «نامتناسب»^۱ باشد و بر این اساس بایستی «در تطابق با قانون اساسی»^۲ در نظر گرفته شود. بر این مبنا، قضات بایستی به هنگام مواجهه با یک بن بست، در نهایت آن دسته از اقدامات دولت (از جمله مداخله در حقوق و آزادی‌های افراد) را که به موجب قانون پارلمان صورت گرفته، تایید نموده و به عبارت دیگر، بن بست‌ها را نه به نفع آزادی و برابری حقوقی، بلکه به نفع دموکراسی از پیش رو بردارند. (Ibid, p. 410) اگرچه از یک چشم‌انداز دموکراتیک، مسئولیت استدلال اخیر، مناسب‌تر و قابل قبول‌تر از مسئولیت نخست است، (Pulido, C. B. 2009, p. 12) اما بدون تردید، «دفاع هنجارگرایانه»^۳ الکسی از قسم دوم مسئولیت استدلال که در نهایت متضمن استدلال به نفع اقدامات قانونی دولت (اقداماتی که دولت به موجب قانون پارلمان به انجام رسانده است) نیز هست، پیش و بیش از هر چیز بر فرض وجود یک حکومت دموکراتیک استوار است، بر این مبنا تنها در صورت تحقق الزامات بنیادین حکومت دموکراتیک می‌توان از مسوولیت استدلال دوم، یعنی استدلال به نفع اقدامات قانونی و مآلاً دموکراتیک دولت حمایت کرد.^۴

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

¹ Disproportionate.

² In Accordance with the Constitution.

³ Normative Defense.

^۴ برای ملاحظه توضیحات مبسوط و جزئیات بیشتر در این باره، نک:

Brighouse, H. and Fleurbaey, Marc (2008), 'Democracy and Proportionality', In the *Journal of Political Philosophy*, Vol. 18, pp. 137-55.

نتیجه‌گیری

اگرچه شناسایی واقعیت تعارض میان اقتضائات تضمین حقوق فردی و الزامات تامین منافع جمعی، مسئله‌ای مهم و اساسی است، با این همه صرف شناسایی این واقعیت کافی نیست و بایستی در هر حال کاری مهم‌تر و اساسی‌تر انجام داد؛ اشراف بر ابعاد گوناگون این نظریه به منظور نیل به شیوه‌های جدیدی برای تفکر درباره این تعارض و به حداقل رساندن اثرات منفی که یک تعهد مطلق به آزادی یا مصلحت می‌تواند به بار آورد از اهم راهکارهایی است که بر اندیشه‌ورزان حوزه حق و مصلحت تکلیف است؛ فریضه‌ای که از رهگذار آن نه اهمیت مصلحت عمومی نادیده انگاشته شود و نه مشروعیت حقوق و آزادی‌های فردی در موضع ضعف قرار گیرد. اگرچه نظریه‌پردازان فلسفه سیاسی و حقوقی مدرن، راهکارهای متفاوتی را برای حل این تنش مجادله‌آمیز ارائه نموده‌اند، با این حال همان‌گونه که در نوشتار پیش رو، بنا به اقتضای مجال اندک، به نحوی موجز ذکر آن رفت، آن دسته از راهکارهایی که به نحو پیشینی بر تقدم حق بر مصلحت یا اولویت مصلحت نسبت به حق تاکید نموده‌اند، به ورطه مغالطه‌های مفهومی و منطقی در غلطیده و البته با چالش‌های کارکردگرایانه بسیاری نیز روبرو می‌گردند.

بنابراین، برای پرهیز از فروغلطیدن در ورطه چالش‌های مزبور، بایستی نظریه‌ای ارائه نماییم که به اقتضائات منطقی هر دو نهاد حق و مصلحت توجه نموده و دستگاه محاسباتی دقیقی را برای ارائه پاسخ‌های عینی، معطوف به شرایط، مبتنی بر انصاف و منطبق با واقعیات در هر مورد عرضه کند.

همان‌گونه که به تفصیل بیان شد، نظریه تعادل به‌رغم آنکه با پاره‌ای محدودیت‌های عقلانیتی مواجه است که فضایی را به قضاوت جهت اعمال صلاحیت خلاقانه اعطا می‌نماید، در کل، نظریه‌ای عقلانی و قابل دفاع است و با ارائه یک دستگاه محاسباتی دقیق از طریق فرمول‌سنجش، راهکار مناسبی را جهت مدیریت هر چه بهتر تعارضات پیش می‌کشد. این نظریه، مدل حل تعارضی را برای متوازن ساختن اصول متعارض عرضه می‌کند که از «یک مفهوم روشن و یک ساختار حقوقی دقیق» برخوردار بوده و از تمامی تناقضات رهاست. در این ساختار، شاخص سه‌وجهی، متر اندازه‌گیری (هنجاری) مشترکی

را برای تعیین وزن اصول مورد مناقشه فراهم می‌سازد. به دیگر سخن، نظریه تعادل، با به‌کارگیری یک فرمول سنجش توسعه‌یافته، دستگاه محاسباتی روشن و مشخصی را ارائه می‌کند که متغیرهای متفاوت مرتبط را توضیح می‌دهد و تبیین می‌نماید، لذا این امکان را فراهم می‌سازد که نتیجه فرایند تعادل، به نحو صحیحی توجیه شود. از طریق این دستگاه محاسباتی، توجیه می‌تواند در چارچوب واژگانی از نظر مفهومی روشن و هماهنگ همراه با مقدمات کامل و اشباع‌شده و توأم با منطق و استدلال کافی صورت گیرد. (Alexy, R., 2002, p. 423) دستگاه محاسباتی توسعه‌یافته نظریه تعادل، هر عنصری را که قاضی بایستی در تصمیم‌گیری مورد توجه قرار دهد و هر انتخابی را که بایستی توجیه نماید، تصریح نموده و به‌طور مشخص نشان می‌دهد.

در سنت حقوقی، تصمیمات قضایی مزبور، شبکه‌ای از رویه‌ها را ایجاد می‌کنند که این امکان را فراهم می‌سازند تا اصول به شیوه‌ای سازگار و هماهنگ اعمال شوند تا در نتیجه، خروجی فرایند تعادل قابل پیش‌بینی باشد. سرانجام، فرایند تعادل، مثال بسیار خوبی است از اینکه چگونه می‌توان مسائل و چالش‌های عملی مربوط به قانون اساسی را با کمک بررسی‌های قضایی فلسفی حل و فصل نمود.

منابع و مأخذ

الف- منابع فارسی

کتاب

هارت، هربرت (۱۳۹۰)، مفهوم قانون، ترجمه و پیشگفتار محمد راسخ، تهران: نشر نی.

ب- منابع انگلیسی

Books

Alexy, R. (2002), *A Theory of Constitutional Rights*, (ed.) Julia Rivers, New York: Oxford University Press. DoI: 10.1111/j.1748-121X.2004.tb00258.x

Habermas, J. (1996), *Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, (ed.) William Rehg, Cambridge: Polity Press. DoI: 10.2307/2952099

Hart, H. (1961), *The Concept of Law*, Mohammad Rasekh, Tehran: Ney Publication [in Persian].

Pulido, C. B. (2009), 'The Rationality of Balancing', Available At http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bernal_rationality_of_balancing.pdf, p. 6. DoI: 10.2307/2952099

Articles

Aleinikoff, T. A. (1987), 'Constitutional Law in the Age of Balance', In *Yale Law Journal*, Vol. 96. DoI: 10.2307/796529

Alexy R. (2007), "The Weight Formula", (Trans.) Bartosz Brożek and Stanley L. Paulson, In *Studies in the Philosophy of Law*, Vol. 3, p. 21. DoI: 10.4000/revus.2783

Chemerinsky, E. (1989), "The Vanishing Constitution", In *Harvard Law Review*, Vol 103, pp. 43- 45. DoI: 10.2307/1341408

Craig, Paul P. (2010), "Proportionality, Rationality and Review" In *New Zealand Law Review*, Vol. 265. DoI: 10.1017/S0021223719000189

Evans, S. and Stone A. (2007), "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.enlsyn.gr/papers/w15/Paper%20/.pdf>.

- Gardbaum, S. (2007), " *Limiting Constitutional Rights* ", in *UCLA Law Review*, Vol. 54, p. 800. DoI: 10.1017/cbo9781139035293.007
- Law, D. (2005), " *Generic Constitutional Law* " In *Minnesota Law Review*, Vol. 89, p. 652. DoI: 10.1017/S2045381722000156
- Mathews, J., Sweet A. S. (2011), " *All Things in Portion? American Rights Review and the Problem of Balancing* ", In *Emory Law Journal*, Vol. 60, pp. 797-98. DoI: 10.4337/9781802200263.00033
- Meyerson, D. (2007), " *Why Courts Should Not Balance Rights Against The Public Interest* ", in *Melbourne University Law Review*, Vol. 31. DoI: 10.1080/20403313.2019.1629195
- Ryssdal, R. (1996), " *Opinion: The Coming Age of the European Convention on Human Rights* ", In *European Human Rights Law Review*, Vol. 18, p. 26. DoI: 10.1093/acprof:oso/9780199207992.003.0001
- Schauer, F. (2009), " *Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text* ", Available at: <http://ssrn.com/abstract=1403343>, p. 1. DoI: 10.2202/1938-2545.1043
- Schmidt, C. J. (2008), " *Ending The Mathews V. Eidridge Balancing Test: Time For A New Due Process Test* " In *Southwest Law Review*, Vol. 38, p. 291. DoI: 10.1177/14624745231221894
- Tribe, L. (1985), " *Constitutional: Equal Justice or Economic Efficiency?* ", In *Harvard Law Review*, Vol. 98, pp. 592, 620. DoI: 10.2307/1340870
- Waldron, J. (2003), " *Security and Liberty: the Image of Balance* ", journal of Political Philosophy, Vol. 11, No.2. DoI: 10.1111/1467-9760.00174

Cases

- Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, Judgment of 7 December 1976, Series A, Nos. 5095/71; 5920/72; 5926/72.
- R v Oakes (1986), 1 SCR 103, (Dickson CJC for Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ).
- Vogt v. Germany, Judgment of 26 September 1995, Series A, No. 17851/91.
- Toolex Alpha AB v. Kemikalieinspektionen, Judgment of 11 July 2000, Case C.473/98, Noted In *Kramer, Drludwig (2002), Casebook on EU Environmental Law*, Oxford: Hart Publishing.