

## عقلانیت در توازن؛ بازاندیشی نظریه الکسی

مهناز بیات کمبتکی\*

نوع مقاله: علمی - پژوهشی

### چکیده

نظریه توازن رابرت الکسی یکی از برجسته‌ترین تلاش‌ها برای ارائه الگویی عقلانی در حل تعارض اصول حقوقی است؛ اما همواره با انتقاداتی درباره تعیین‌ناپذیری، فقدان عینیت و پیش‌بینی‌ناپذیری روبه‌رو بوده است. این پژوهش با بهره‌گیری از روش «تحلیل نظری - مفهومی» و «بررسی موردی رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر» تلاش می‌کند نشان دهد که امکان بازسازی عقلانی این نظریه وجود دارد. در این چارچوب، تحلیل نظری برای بازفهمی سازوکارهای سه‌گانه توازن - قاعده توازن، فرمول سنجش و مسئولیت استدلال - به کار می‌رود و نمونه‌های قضایی نقش «آزمون کاربردی» برای توضیح نحوه عملکرد این سازوکارها در عمل را ایفا می‌کند. یافته پژوهش نشان می‌دهد که توازن نه یک الگوریتم صوری، بلکه فرایندی عقلانی است که با محدودیت‌های معین هدایت می‌شود. این محدودیت‌ها از طریق تفکیک روشن میان متغیرهای هنجاری (همچون شدت محدودیت حق) و متغیرهای تجربی (مانند میزان تحقق منفعت عمومی) و نیز تبیین نحوه ادغام آن‌ها در فرمول سنجش قابل صورت‌بندی‌اند. این تفکیک و صورت‌بندی دقیق، سطح شفافیت در تعیین وزن اصول را افزایش داده و امکان ارزیابی بیناذهنی استدلال قضایی را تقویت می‌کند؛ امری که در نهایت دامنه سلیقه‌گرایی را کاهش داده و انسجام درونی نظریه توازن را ارتقا می‌بخشد.

### واژگان کلیدی

قاعده توازن، فرمول سنجش، مسئولیت استدلال، عقلانیت.

\* استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

## مقدمه

حل تعارض میان اصول و ارزش‌های بنیادین، یکی از مسائل محوری در حقوق عمومی و حقوق اساسی است؛ مسأله‌ای که در شرایط کنونی، با تحول نقش قاضی، افزایش مداخلات دولت در حوزه‌های مختلف زندگی اجتماعی و گسترش تعهدات حقوق بشری دولت‌ها، اهمیت مضاعفی یافته است. در بسیاری از نظام‌های حقوقی، از جمله در اروپا و کشورهایی که با تحولات حقوق اساسی جدید مواجه‌اند، رویه قضایی با پرونده‌هایی روبه‌رو است که در آن‌ها هیچ قاعده قطعی یا نص روشن، پاسخ نهایی ارائه نمی‌کند. در چنین موقعیت‌هایی، تصمیم قضایی ناگزیر از سنجش و ارزیابی میان ارزش‌ها و اصول متعدد است؛ از آزادی بیان و امنیت عمومی گرفته تا کرامت انسانی، حریم خصوصی، رفاه عمومی یا منافع جمعی. این وضعیت، ضرورت برخورداری از یک چارچوب نظری روشن برای هدایت تصمیم‌گیری قضایی را برجسته می‌کند.

نظریه توازن رابرت الکسی یکی از مهم‌ترین تلاش‌ها برای نظریه‌پردازی در این حوزه است. این نظریه می‌کوشد نشان دهد که چگونه می‌توان میان اصولی که همگی دارای اعتبار هنجاری‌اند، رابطه‌ای از اولویت مشروط برقرار کرد. الکسی با طرح سه رکن اصلی - قاعده توازن، فرمول سنجش و مسئولیت استدلال - درصدد ارائه مدلی است که قاضی بتواند با اتکا به آن، تعارض میان اصول را در چارچوبی عقلانی حل کند. با وجود این، ادبیات علمی موجود نشان می‌دهد که نظریه الکسی با انتقادهای مهمی مواجه بوده است؛ برای نمونه، برخی نویسندگان آن را فاقد عینیت دانسته‌اند، برخی نسبت به امکان قیاس‌پذیری وزن اصول تردید کرده‌اند و برخی دیگر معتقدند که توازن فرایندی پیش‌بینی‌ناپذیر است که به سلیقه قاضی میدان زیادی می‌دهد. همچنین، در تحلیل‌های موجود کمتر به این پرداخته شده است که فرمول سنجش چگونه باید میان متغیرهای هنجاری (مانند وزن انتزاعی اصول) و متغیرهای تجربی (مانند کارآیی اقدامات مورد مناقشه) تمایز بگذارد و این متغیرها چگونه در یک رابطه عقلانی ادغام می‌شوند.

قرائن متعددی در ادبیات حقوقی نشان می‌دهد که این خلأ همچنان پابرجاست. نخست آنکه بسیاری از پژوهش‌ها به توصیف فرمول سنجش پرداخته‌اند اما آن را در مقام یک «ابزار تحلیلی» و نه «ابزار بازسازی عقلانی» تحلیل کرده‌اند. دوم آنکه رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر، با وجود غنا و تنوع، غالباً صرفاً به‌عنوان نمونه‌ای از اعمال توازن معرفی شده است، بدون آنکه رابطه میان این رویه و نظریه الکسی در قالب یک مدل منسجم عقلانی بررسی شود. سوم آنکه در ادبیات داخلی و منطقه‌ای، کمتر به این پرسش پرداخته شده که آیا می‌توان توازن را در قالب یک فرایند عقلانی با محدودیت‌های قابل سنجش بازطراحی کرد یا خیر. مجموعه این موارد نشان می‌دهد که نیاز به

پژوهشی که بتواند شکاف میان نظریه و عمل را کاهش دهد، به شدت احساس می‌شود. از این منظر، ضرورت پژوهش حاضر روشن می‌شود. در شرایطی که دعای حقوق اساسی در بسیاری از نظام‌ها رو به افزایش است و دادگاه‌ها به‌ویژه در حوزه‌های حقوق بشر، رسانه، فضای دیجیتال، محیط زیست و امنیت عمومی با تعارض‌های پیچیده‌تری مواجه‌اند، برخورداری از الگویی که بتواند فرایند توازن را در قالبی عقلانی، شفاف و قابل ارزیابی بازسازی کند، اهمیت اساسی دارد. تبیین دقیق سازوکارهای نظریه الکسی، به‌ویژه در ارتباط با نقش فرمول سنچس، می‌تواند گامی مهم برای تقویت انسجام استدلال قضایی و افزایش قابلیت پیش‌بینی‌پذیری تصمیمات باشد. علاوه بر این، تحلیل موردی رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر به‌عنوان یکی از مهم‌ترین میدان‌های اعمال توازن، امکان مناسبی برای آزمون عملی و توضیح نقش محدودیت‌های هنجاری در شکل‌دهی تصمیم قضایی فراهم می‌آورد.

هدف اصلی پژوهش حاضر آن است که نشان دهد آیا می‌توان مدلی از توازن ارائه کرد که بتواند هم معیارهای عقلانیت نظری - یعنی شفافیت مفهومی، انسجام ساختاری و قابلیت نقدپذیری - و هم معیارهای عقلانیت عملی - یعنی قابلیت توجیه قضایی در چارچوب هنجارهای معتبر - را هم‌زمان تأمین کند. بر این اساس، پرسش اساسی پژوهش چنین صورت‌بندی می‌شود: آیا بازخوانی دقیق سه رکن نظریه الکسی و تحلیل نقش متغیرهای هنجاری و تجربی در فرمول سنچس می‌تواند به بازسازی عقلانی نظریه توازن بینجامد؟

پژوهش حاضر علاوه بر سهم نظری، دارای کاربردهای مهمی نیز هست. نخست، برای جامعه علمی حقوق عمومی و نظریه حقوق؛ این پژوهش با ارائه چارچوبی روشن برای تفکیک عناصر هنجاری و تجربی، راهی برای تحلیل دقیق‌تر فرایند توازن فراهم می‌کند. دوم، برای قضات و مراجع تصمیم‌گیر؛ تبیین ساخت‌یافتگی و محدودیت‌های فرایند توازن می‌تواند به افزایش شفافیت استدلال، کاهش سلیقه‌گرایی و ارتقای قابلیت دفاع از تصمیم قضایی کمک کند. سوم، نهادهای تقنینی و نظارتی می‌توانند از یافته‌های این پژوهش برای طراحی معیارهای روشن‌تر در ارزیابی تعارض میان حقوق و مصالح عمومی بهره‌مند شوند. در مجموع، پژوهش حاضر می‌کوشد نشان دهد که محدودیت‌های درونی توازن، نه مانعی برای تصمیم‌گیری، بلکه شرط ضروری برای عقلانیت، انسجام و مشروعیت تصمیم‌های قضایی در نظام‌های مبتنی بر اصول است.

### ۱. عقلانیت مضیق؛ پلی به اعمال عقلانی هنجار حقوقی

عقلانیت، مفهومی «مبهم و نارسا»<sup>۱</sup> است. در یک سطح بسیار مضیق، عقلانیت به دو وجه اشاره دارد:

1. Ambiguous.

نظری و عملی. عقلانیت نظری مبین شرایطی است که یک تئوری یا مفهوم بایستی فراهم نمایند تا عقلانی قلمداد شوند. «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»<sup>۱</sup> از عقلانیت است که به‌ویژه با حقوق مرتبط است، زمانی که اعمال قضایی مربوط به اعمال هنجارها مورد بررسی و ارزیابی قرار می‌گیرند (Craig, 2010: 279).

«یک وظیفه نظریه حقوقی به‌ویژه نظریه‌های استدلال حقوقی، آن است که شرایطی را تبیین نمایند که یک عمل حقوقی مربوط به اعمال هنجارها باید فراهم سازد، تا عقلانی قلمداد شود. بایستی اذعان نمود که هیچ اجماعی بر سر شرایط عقلانیت عملی مربوط به اعمال هنجارها از منظر نظریه‌های استدلال حقوقی وجود ندارد. با این وجود، به‌طور کلی پذیرفته شده که عمل مذکور برای عقلانی قلمداد شدن، بایستی به‌نحو صحیحی قابل توجیه باشد (Craig, 2010: 280-281).

این امر، زمانی امکان‌پذیر می‌گردد که توجیه آن عمل بتواند در چارچوب واژگانی «به لحاظ مفهومی روشن»<sup>۲</sup> و «سازگار»<sup>۳</sup> صورت پذیرفته و الزامات مربوط به «مقدمات کامل و اشباع شده»<sup>۴</sup> «منطقی»<sup>۵</sup>، «مسئولیت استدلال»<sup>۶</sup>، «سازگاری هنجاری»<sup>۷</sup> و «هماهنگی»<sup>۸</sup> همگی محقق شوند.<sup>۹</sup>

تحلیل نگارنده نشان می‌دهد که تمایز میان عقلانیت نظری و عملی، بنیان فهم دقیق فرایند توازن را فراهم می‌آورد. عقلانیت نظری، با تمرکز بر شفافیت مفهومی، انسجام ساختاری و رهایی از تناقض، معیارهایی را برای ارزیابی «ساختار مفهومی تئوری‌ها» ارائه می‌کند؛ در حالی که عقلانیت عملی، با توجه به قابلیت توجیه عمل قضایی، معیاری برای سنجش کیفیت اعمال هنجارهای حقوقی فراهم می‌آورد. از این منظر، عقلانیت مضیق نه صرفاً یک تعریف انتزاعی، بلکه ابزاری تحلیلی برای بررسی سازوکارهای توازن محسوب می‌شود: این تقسیم‌بندی نشان می‌دهد که محدودیت‌ها و الزامات فرمول سنجش، و تفکیک دقیق متغیرهای هنجاری و تجربی، نه ضعف فرایند بلکه شرط ضروری تحقق عقلانیت در تصمیم‌های قضایی است. به بیان دیگر، فهم دو وجه عقلانیت، امکان ارزیابی همزمان شفافیت نظری و مشروعیت عملی فرایند توازن را فراهم می‌سازد

1. An Evaluative Sense.
2. Conceptually Clear.
3. Consistent.
4. Complete and Saturated Premises.
5. Logic.
6. The Burdens of Argumentation.
7. Normative Consistency.
8. Coherence.
9. For More Details, See: Alexy, 2002: 63-64.

و بنابراین، پایه‌ای محکم برای بازسازی عقلانی نظریه الکسی ایجاد می‌کند.

## ۲. شرایط و الزامات تحقق عقلانی نظریه توازن

هر دو مفهوم عقلانیت، با انتقادات مطروحه پیرامون فرایند توازن مرتبط‌اند. انتقاد مربوط به تعیین‌ناپذیری، توازن 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 توازن 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 توازن مرتبط است. انتقادات مطروحه پیرامون فقدان عینیت، غیر قابل قیاس بودن منافع مورد سنجش و پیش‌بینی‌ناپذیری بر این امر دلالت می‌کنند که فرایند توازن، از نقطه نظر عملی، غیرعقلانی است.

هر کس که در پی پاسخگویی به انتقادات مزبور است، بایستی مدلی از توازن را ارائه نماید که در آن ساختار، به گونه‌ای دقیق مشخص گردیده و شاخص اندازه‌گیری مشترکی برای مقایسه اصول متعارض تعبیه شده باشد. بدین ترتیب نتیجه توازن، بر طبق شاخص اندازه‌گیری تعیین شده، قابل پیش‌بینی گردیده و به درستی قابل توجیه خواهد بود.

بر اساس مقدمات پیش‌گفته بایستی این پرسش را مطرح ساخت که آیا می‌توان مدلی از توازن را ارائه نمود که کلیه لوازم عقلانیت نظری و عملی را فراهم سازد؟ این ادعا که فرمول سنجش ارائه‌شده توسط رابرت الکسی، چنین مدلی را عرضه می‌کند، در اینجا قابل دفاع به نظر می‌رسد. الکسی در «تئوری حق‌های بنیادین» و دیگر نوشته‌هایش، نظریه‌ای بسیار توسعه‌یافته درباره ساختار توازن ارائه نموده است. به اعتقاد او سه رکن یا مولفه، ساختار کلی توازن را تشکیل می‌دهند: «قاعده توازن»<sup>۱</sup>، «فرمول سنجش»<sup>۲</sup> و «مسئولیت استدلال»<sup>۳</sup>.

بر اساس تحلیل نگارنده تحقق عقلانیت در نظریه توازن، بیش از آنکه صرفاً در قالب فرمول‌های تئوریک محدود شود، نیازمند بازخوانی ساختار عملی فرایند است. در این چارچوب، عقلانیت نظری با روشن‌سازی ساختار و مفهوم توازن، پاسخ انتقاد مربوط به تعیین‌ناپذیری را فراهم می‌آورد، در حالی که عقلانیت عملی با تعریف شاخص‌های اندازه‌گیری و معیارهای قابل قیاس میان اصول و منافع متعارض، توان پیش‌بینی و قابلیت توجیه تصمیم را تضمین می‌کند. بنابراین، سه رکن نظریه الکسی - قاعده توازن، فرمول سنجش و مسئولیت استدلال - به‌عنوان ستون‌های اصلی، نه تنها چارچوب تحلیل را شکل می‌دهند بلکه زمینه‌ای برای عملی‌سازی عقلانیت فراهم می‌کنند. این

---

1. The Rule of Balancing.  
2. The Weight Formula.  
3. The Burden of Argumentation.

تحلیل نشان می‌دهد که انتقادات مطروحه، نه ضعف نظریه بلکه معیاری برای سنجش کفایت عقلانی آن هستند و مدلی از توازن که این الزامات را رعایت کند، قادر است هم انسجام مفهومی و هم مشروعیت عملی تصمیم قضایی را تأمین نماید.

### ۳. مفهوم توازن در مدل عقلانی الکسی

بر طبق نظر الکسی، اصول، «الزامات به‌حداکثرسانی»<sup>۱</sup> هستند. اصول، هنجارهایی هستند که دقیقاً مشخص نمی‌کنند چه چیزی بایستی انجام شود، بلکه مقرر می‌دارند که یک چیز بایستی تا بیشترین حد امکان با توجه به امکانات قانونی و عملی محقق شود (Alexy, 2002: 48). قلمرو آنچه قانوناً، امکان‌پذیر و عملی است، توسط اصول و قواعد متضاد مشخص می‌شوند و اظهارات عملی درباره مورد عینی، قلمرو امکان عملی را مشخص می‌نمایند (Alexy, 2010: 23).<sup>۲</sup>

به‌منظور تبیین و تعیین بیشترین حد امکانی که یک اصل بایستی اعمال و اجرا شود، ضروری است تا آن را با اصول متعارض یا اصولی که از قواعد مخالف آن حمایت می‌کنند، مقایسه کنیم. در این مورد، همه آن‌ها، اصول متعارض هستند. آن‌ها، دو «هنجار در بادی نظر ناسازگار»<sup>۳</sup> را حمایت می‌کنند، که می‌توانند راه‌حل‌های متفاوتی را پیشنهاد دهند (Alexy, 2002: 47). (برای مثال، N1، Q را ممنوع می‌کند و N2، Q را دستور می‌دهد.)

فرایند توازن، طرفی را ارائه می‌نماید تا این ناسازگاری میان هنجارهای در بادی نظر از میان برود. توازن، تبیینی نظام‌مند از تمامی اصول حقوقی را تضمین نمی‌کند که با در نظر گرفتن سلسله‌مراتب میان آن‌ها، پیشاپیش تمامی تعارضات احتمالی میان اصول مذکور و کلیه ناسازگاری‌های میان تمام هنجارهای در بادی نظری را که آنها مورد حمایت قرار می‌دهند، از میان می‌برد (Alexy, 2010: 48). چنین فرایندی، نه دربرگیرنده اعتبار «یک نظام ترتبی از حق‌های بنیادین»<sup>۴</sup> است و نه «یک نظام ترتبی از اصول عدالت»<sup>۵</sup>. چنین مدلی توسط رالز پیشنهاد شد، هنگامی که قاعده اولویت مطلق اولین اصل از عدالت بر اصل دوم را تبیین نمود که بر طبق آن، آزادی تنها به خاطر آزادی قابل تحدید قلمداد می‌شود (Rawls, 1971: 302). بر این اساس، توازن صرفاً ساختاری است که نه یک رابطه تقدمی مطلق، بلکه «یک ارتباط ترتبی مشروط میان اصول در پرتو اوضاع و احوال پرونده»<sup>۶</sup> را به‌منظور تصمیم‌گیری قضایی تبیین می‌نماید (Alexy,

1. The Optimisation Requirements.

2. Also See: Alexy, 1989: 221-230.

3. Prima Facie Two Incompatible Norms.

4. A Lexical Order of Constitutional Rights.

5. A Lexical Order of Justice Principles.

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

(2002: 52).

تحلیل نگارنده حاکی از آن است که اصول به‌حداکثرسانی، با تعیین سقف عملیاتی برای هر حق یا ارزش، ساختار عقلانی تصمیم‌گیری قضایی را به‌صورت مشروط شکل می‌دهند و فرایند توازن، ابزار عملی تحقق این سقف‌ها در مواجهه با تعارض میان اصول است. از این منظر، توازن، برخلاف مدل ترتبی مطلق رالز، تنها یک ترتیب مشروط و وابسته به شرایط پرونده ارائه می‌دهد و نه یک سلسله‌مراتب مطلق؛ و بدین ترتیب انعطاف لازم برای اعمال عقلانیت عملی در تصمیمات قضایی فراهم می‌شود. به اعتقاد نگارنده، این ویژگی نشان می‌دهد که فرایند توازن نه نقص بلکه ویژگی ضروری و عقلانی است که امکان ارزیابی، پیش‌بینی و توجیه منطقی تصمیمات قضایی را فراهم می‌کند. بنابراین، ترکیب فهم دقیق ماهیت اصول و کاربرد فرایند توازن، پایه‌ای محکم برای ارائه یک مدل عقلانی از تصمیم‌گیری در حقوق اساسی ایجاد می‌کند.

#### ۴. ساختار توازن از منظر الکسی

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

#### ۴.۱. قاعده توازن

بر طبق قاعده توازن؛ «هر چقدر درجه (میزان) عدم اعمال یک اصل یا آسیب‌رساندن به آن، بیشتر باشد، میزان اهمیت اصل (متعارض با آن) بایستی بیشتر باشد (Alexy, 2002: 102)». الکسی این امر را، قانون توازن می‌نامد. قانون توازن به روشنی نشان می‌دهد که فرایند توازن را می‌توان به سه مرحله تجزیه کرد: در مرحله نخست، «میزان عدم تحقق یا آسیب وارده به اصل اول»<sup>۱</sup> تعیین می‌گردد. این مرحله با مرحله دوم دنبال می‌شود که طی آن، «[میزان] اهمیت اعمال اصل متعارض»<sup>۲</sup> مشخص خواهد شد. در مرحله سوم و مرحله نهایی، این امر مورد بررسی قرار می‌گیرد که «آیا اهمیت اعمال اصل متعارض، عدم اعمال اصل اول یا آسیب وارده بدان را توجیه می‌کند یا خیر؟» به باور الکسی «چنانچه این امکان وجود نداشته باشد که قضاوتی عقلانی درباره شدت مداخله در اصل اول، میزان اهمیت اصل متعارض و بالاخره، ارتباط میان شدت مداخله در اصل اول و میزان اهمیت اصل متعارض انجام دهیم، آنگاه انتقادات وارد به مدل توازن قابل پذیرش خواهند بود (Alexy, 2010: 31 & Alexy, 2002: 401)».

1. The Degree of Non-Satisfaction of, or Detriment to, the First Principle.  
2. The Importance of Satisfying the competing principle.

بایستی به این نکته توجه داشت که مراحل اول و دوم از فرایند توازن، هم‌تراز و هم‌سنگ‌اند. هر دو مرحله، در بردارنده عملیات مربوط به تعیین میزان اهمیت اصول در خطر هستند.<sup>۱</sup> در واقع، در هر دو مورد، الکسی با تأسی از دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان ادعا می‌کند که قابل قیاس بودن اصول متعارض می‌تواند با ارجاع به «یک شاخص سه وجهی»<sup>۲</sup> اثبات شود: «اندک، متوسط، زیاد»<sup>۳</sup> (Alexy, 2010: 33 and Alexy, 2002: 402).

«اهمیت اصول در خطر»<sup>۴</sup> تنها «متغیر مربوط»<sup>۵</sup> نیست. یک متغیر دیگر، «وزن انتزاعی اصول متعارض»<sup>۶</sup> است.<sup>۷</sup> اوزان انتزاعی مختلف می‌توانند از سلسله‌مراتب متفاوت منابع حقوقی‌ای نشأت گرفته باشند که اصول در چارچوب آنها مطرح شده یا از آنها منبعث گردیده‌اند. افزون بر این، 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 آزادی بیان به دلیل ارتباط آن با دموکراسی یا حق بر خلوت به جهت ارتباطش با کرامت و حرمت انسانی اعطا کرده‌اند، هنگامی که این اصول در خطر قرار می‌گیرند» (Alexy, 2010: 34).

یک متغیر سوم نیز بایستی در اینجا افزوده شود و آن، «قابل اتکا بودن فرضیات تجربی»<sup>۸</sup> مربوط به اندازه‌گیری میزان اهمیت اصول متعارض است.<sup>۹</sup> متغیر مزبور بر این واقعیت مبتنی است که «فرضیات تجربی مربوط به میزان اهمیت اصول درگیر می‌توانند به درجات متفاوتی قابل اتکا باشند؛ موضوعی که به نوبه خود، وزن عینی هر اصل را در فرایند توازن تحت تأثیر قرار می‌دهد» (Alexy, 2010: 35).

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, 2002: 406

2. A Triadic Scale.

3. Light, Moderate and Serious.

4. The Importance of the Principles at Stake.

5. The Relevant Variable.

6. The Abstract Weight of the Competing Principles.

۷. 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.

8. The Reliability of the Empirical Assumptions.

۹. 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.

اکنون پرسش آن است که چگونه بایستی اهمیت اصول، وزن انتزاعی آن‌ها و قابل اتکا بودن فرضیات تجربی مرتبط با اهمیت آن اصول را برای رسیدن به یک خروجی قابل پیش‌بینی و موجه از فرایند توازن ارزیابی نمود؟ مطابق با نظر الکسی، پاسخ از طریق فرمول سنجش ارائه خواهد شد. پیش از بررسی فرمول سنجش، ذکر این نکته ضروری است که تبیین الکسی از مدل توازن، بر برقراری نوعی تمایز خاص میان اصول و قواعد حقوقی استوار است. به باور الکسی، قواعد، هنجارهایی هستند که چیزی را به‌نحو قطعی مقرر می‌کنند. آن‌ها، «اوامری قطعی» اند که به شیوه همه یا هیچ اعمال می‌شوند.<sup>۲</sup> اگر یک قاعده، معتبر و قابل اعمال باشد، به‌نحو قطعی مقرر خواهد کرد که چه چیزی بایستی دقیقاً انجام شود. اگر آن چیز به انجام رسد، قاعده رعایت شده و اگر انجام نشود، از آن سرپیچی شده است. 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»<sup>۳</sup> هستند. تعیین درجه (میزان) مقتضی اعمال یک اصل نسبت به الزامات اصلی دیگر، از طریق فرایند توازن صورت می‌پذیرد. بر این اساس، توازن، شیوه صحیح ارزیابی و مقایسه اصول متعارض بوده که وزن نسبی آن‌ها قابل سنجش و اندازه‌گیری است. در برابر، قواعد به روش همه یا هیچ عمل نموده و دارای بعد مربوط به وزن نیستند.<sup>۴</sup>

الکسی در اعطای نقشی کلیدی به اصول در تصمیم‌گیری‌های قضایی و تفکیک قائل 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 رونالد دورکین می‌اندیشد (1: Schauer, 2009). وی نیز، بر تفکیک و تمایز میان اصول و قواعد صحنه‌گذارده و در نظریه حقوقی خود، نقشی محوری بدان بخشیده است.<sup>۵</sup>

1. Definitive Commands.

2. Subsumption.

3. Prima Facie Requirement.

4. Also see Alexy, 2010: 21-22.

5. See: Dworkin 1977: 25-27. Important Analyses of Legal Principles in General Also Include: Avila, 2007 and Alexander and Kress, 1995: 279-291.

#### ۲.۴. فرمول سنجش

بنا به نظر الکسی، فرمول سنجش از ساختار ذیل برخوردار است (Alexy, 2002: 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)<sup>۱</sup> اصل  $P_i$  در یک پرونده مشخص نسبت به اصل  $P_j$  از تقسیم حاصل ضرب 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 می آید.

به اعتقاد الکسی این امر امکان پذیر است که به یک ارزش عددی در رابطه با متغیرهای اهمیت و وزن انتزاعی اصول با کمک یک شاخص سه وجهی دست یابیم: ارزش اندک ( $2^0$ ) با عدد ۱، ارزش متوسط ( $2^1$ ) با عدد ۲ و ارزش زیاد ( $2^2$ ) با عدد ۴ نشان داده خواهند شد.

در برابر، قابل اتکا بودن فرضیات تجربی مربوط به اهمیت اصول بایستی به نحو کمی به صورت ذیل نشان داده شود:

قابل اتکا بودن ( $2^0$ )، ۱، قابل دفاع یا عملی<sup>۲</sup> ( $2^{-1}$ )،  $\frac{1}{2}$  و نه به صورت فاحش و آشکار اشتباه<sup>۳</sup> ( $2^{-2}$ )،  $\frac{1}{4}$  (Alexy, 2002: 410).

با اعمال این ارزشگذاری عددی بر فرمول سنجش، این امکان فراهم خواهد شد که وزن عینی (قطعی) اصل  $P_i$  نسبت به اصل  $P_j$  در یک پرونده مشخص، تعیین شود (Alexy, 2003: 433).

اگر وزن عینی اصل  $P_i$  نسبت به اصل  $P_j$  بیشتر از وزن عینی اصل  $P_j$  نسبت به اصل  $P_i$  باشد، اصل مذکور بایستی بر پرونده اعمال گردیده و بر طبق آن تصمیم گیری شود. در مقابل، چنانچه وزن عینی اصل  $P_j$  نسبت به اصل  $P_i$  بیشتر از وزن عینی اصل  $P_i$  نسبت به اصل  $P_j$  باشد، دادگاه بایستی بر مبنای اصل مزبور رسیدگی نموده و حکم پرونده را صادر نماید. اگر اصل  $P_i$ ، هنجار  $N_1$  را مورد حمایت قرار دهد که  $Q$  را ممنوع می نماید و اصل  $P_j$  از هنجار  $N_2$  حمایت کند که اجرای  $Q$  را الزامی می سازد،  $Q$  بایستی در مورد اول ممنوع اعلام شده و در مورد دوم دستور به اجرای آن داده شود (Pulido, 2009: 10).

1. The Concrete Weight.  
2. Maintainable or Plausible.  
3. Not Evidently False.

### الف. نقش فرمول سنجش

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 توسعه یافته برای قاعده توازن قلمداد می شود (Alexy, 2010: 36).

در هر حال، چنین به نظر می رسد که فرمول سنجش، آن گونه که الکسی توصیف نموده، در پی تثبیت یک قانون جدید برای توازن است (Pulido, 2009: 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 نمی شود (مقایسه میان درجه مداخله در اصل اول یا آسیب وارده به آن و میزان اهمیت اعمال اصل دوم)، بلکه به واسطه عملیات گسترده تری تعیین می گردد که دربردارنده محاسبه وزن انتزاعی اصول و قابل اتکا بودن فرضیات تجربی مربوط به میزان اهمیت آن ها است (Alexy, 2007: 20 - 26).

این بدین معنا است که فرمول سنجش، صورت بندی موشکافانه تر به صورت نهفته در ورای قانون توازن در چارچوب واژگانی تحلیلی است. «صورت بندی نوینی که در آن، ضرورت بررسی دو متغیر دیگر، یعنی وزن انتزاعی اصول و قابل اتکا بودن فرضیات تجربی مرتبط با آن ها آشکار می گردد (Alexy, 2003: 435)».

فرمول بندی جدید قانون توازن بایستی به نحو ذیل دنبال شود:

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

صورت بندی صریح تر فرمول مزبور را می توان بدین نحو تبیین نمود (Alexy, 2002: 410 - 412):

$$\frac{IP_iC * WP_iA * RP}{SP_jC * WP_jA * RP} \leq \frac{SP_jC * WP_jA * RP_jC}{IP_iC * WP_iA * RP_i}$$

نحوه اعمال فرمول مذکور را می توان با یک مثال عینی به روشنی نشان داد:

تصور کنید که نظام آموزشی یک کشور، ارائه آموزش های جنسی اولیه به دانش آموزان دوره ابتدایی و متوسطه را به منظور پیشگیری از افزایش شمار بارداری های ناخواسته و ابتلا به بیماری های مقاربتی اجباری نموده و برنامه آموزشی مقاطع تحصیلی مربوطه را بر همین اساس تنظیم نماید؛ حال چنانچه والدین برخی از دانش آموزان خواستار عدم حضور فرزندان خود در درس مزبور به جهت باورهای دینی و اخلاقی خود باشند، تعارضی میان حق والدین بر آموزش کودکان مطابق با باورهای دینی و اخلاقی آن ها و مصلحت عمومی جامعه در ارائه آموزش های جنسی اولیه ایجاد خواهد شد.

پرونده کجلسن، بوسک مدسن و پدرسن علیه دانمارک، یک نمونه از دعاوی است که چنین

تعارضی را به نحو آشکار به تصویر می کشد. در این پرونده، والدین دانمارکی با استناد به باورهای دینی و اخلاقی خود، با آموزش جنسی اجباری در مدارس ابتدایی مخالفت نموده و علیه دولت در دادگاه اروپایی حقوق بشر اقامه دعوی کردند. دادگاه با توجه به هدف قانون ۱۹۷۰ دانمارک، اعلام کرد که آموزش جنسی اجباری نه برای ترویج رفتار جنسی، بلکه برای ارائه اطلاعات صحیح و پیشگیری از آسیب‌های ناشی از ارتباطات جنسی ناسالم است. زیرا کودکان می‌توانند از طرق مختلف به اطلاعات نادرست دست یابند. دستورالعمل‌های ۱۹۷۱ و ۱۹۷۲ نیز نشان می‌داد که مقصود دولت، آگاهی‌بخشی درباره مخاطراتی چون بارداری ناخواسته، بیماری‌های مقاربتی و هزینه‌های فردی و اجتماعی ناشی از روابط غیرایمن بوده و بنابراین، دادگاه تأکید کرد که این برنامه‌ها، بدون آن‌که نوع خاصی از رفتار جنسی را تجویز یا حقوق والدین به‌عنوان تربیت‌کنندگان اصلی کودکان را تضعیف کند، در پی تأمین مصلحت عمومی در یک جامعه دموکراتیک بوده‌اند (Kjeldsen and Others v. Denmark, 1976: 24 - 26).

حال می‌توان قضاوت دادگاه اروپایی حقوق بشر در رابطه با این پرونده را در قالب فرمول سنجش، به نحو ذیل صورت‌بندی نمود:

میزان مداخله دولت در اصل  $P_i$  (حق والدین بر آموزش فرزندانشان مطابق با باورهای دینی آن‌ها) در اوضاع و احوال خاص این پرونده (عدم آموزش رفتار جنسی خاص، عدم هدایت کودکان به مسیری مغایر با باورهای دینی و اخلاقی والدین و...)، اندک (۱)، میزان اهمیت اصل  $P_j$  (مصلحت جامعه در ارائه آموزش‌های جنسی اولیه)، در اوضاع و احوال خاص پرونده (تمایل روزافزون کودکان و نوجوانان دانمارکی به برقراری رابطه جنسی، افزایش میزان بیماری‌های مقاربتی، افزایش شمار بارداری‌های ناخواسته، افزایش شمار تولد کودکان نارس و...)، زیاد (۴)، وزن انتزاعی اصل  $P_i$  و  $P_j$  زیاد (۴) و سرانجام فرضیات تجربی مربوط به اهمیت هر دو اصل، قابل اتکا (۱).

در این مورد اعمال قانون توازن به نتیجه ذیل منتهی خواهد شد:

$$\frac{1*4*1}{4*4*1} \leq \frac{4*4*1}{1*4*1}$$

که نتیجه آن عبارت است از:

$$\frac{4}{16} \leq \frac{16}{4}$$

$$\frac{1}{4} < 4$$

در این مثال، اقدام دولت در اجباری‌نمودن آموزش جنسی، الزامات قاعده توازن را تأمین می‌نماید، زیرا به واسطه اعمال فرمول سنجش، وزن عینی اصل  $P_j$ ، بیشتر از وزن عینی اصل  $P_i$

تخمین زده می‌شود (Alexy, 2003: 438).

### ب. ساختار فرمول سنجش

ساختار فرمول سنجش، چالش‌های جالب و متعددی را برمی‌انگیزد. مهمترین آن‌ها، این پرسش است که آیا «معیارهایی عینی»<sup>۱</sup> برای تعیین ارزش متغیرهای مختلفی که فرمول سنجش دربردارنده آن‌هاست، وجود دارد یا خیر؟ اینکه چنین معیارهایی وجود دارند یا نه، مسأله‌ای است که الکسی خود توجه چندانی بدان ننموده، لذا ما برآنیم تا در این قسمت با بررسی هر یک از متغیرهای مرتبط به نحو جداگانه پاسخ این پرسش را تا حدودی مشخص نماییم.

#### ۱. درجه اهمیت اصول متعارض

به روشنی پیداست که گاه داوری درباره درجه یا شدت اهمیت اصول متعارض، به‌سادگی امکان‌پذیر است. به دیگر سخن، گاه دعاوی مربوط به تعیین میزان اهمیت اصول، جزو دعاوی آسان قلمداد می‌شوند (Barak, 2006: 166). برای مثال چنانچه یک مجله فکاھی، افسر معلولی را «چلاق» بخواند، چنین امری، به روشنی توهینی جدی (۴) علیه شرافت و کرامت افسر ذی‌ربط به-حساب می‌آید. در حالی که درجه اهمیت اصل دیگر یعنی آزادی بیان در اوضاع و احوال خاص این پرونده، اندک (۱) تلقی می‌شود.<sup>۲</sup>

با این همه، گاه دعاوی دشواری نیز مطرح می‌گردند که در آن‌ها فرضیات کاربردی و هنجاری‌ای که بایستی در تعیین اهمیت یک اصل مورد توجه قرار گیرند، نامشخص و غیرقطعی‌اند. این وضعیت برای مثال هنگامی رخ می‌دهد که اصل مربوط به آزادی دینی در معرض مخاطره قرار می‌گیرد. این موضوع بایستی مورد تردید واقع شود که درجه مداخله یک اقدام مشخص در آزادی دینی را می‌توان در شرایطی انتزاعی بدون در نظر گرفتن دیدگاه‌های ذهنی درباره تجربه دینی مشخص نمود. بنابراین درجه مداخله در آزادی دینی توسط یک اقدام مشخص (برای نمونه تزریق خون به فرزند یک شخص بر خلاف خواست و رضایت او) کاملاً وابسته به این مسأله است که افراد چگونه با باورهای دینی‌شان زندگی می‌کنند. این مداخله (تزریق اجباری خون) می‌تواند برای بیشتر پیروان آیین‌های مذهبی قابل اغماض باشد، در حالی که برای یک عضو شاهدان یهوه،<sup>۳</sup> مداخله‌ای جدی و غیر قابل چشم‌پوشی تلقی می‌شود (Alexy, 2010: 40). مثال روشن‌تر دیگری را می‌توان برای تبیین این موضوع ارائه نمود: درجه مداخله در حق ابراز باورهای دینی از طریق

1. Objective Criteria.

2. Decisions of the German Federal Constitutional Court (BVerfGE) 95, 173. Noted in: Alexy, 2010: 38.

۳. نام فرقه‌ای مذهبی که تزریق خون از یک شخص به شخصی دیگر را فعلی حرام قلمداد می‌کنند.

ممنوع نمودن پوشیدن حجاب اسلامی و بکارگیری دیگر نمادهای دینی در نهادها و موسسات آموزش عالی با هدف حفظ نظم عمومی برای یک دختر مسلمان محجبه که در خانواده‌ای کاملاً سنتی و مذهبی متولد گردیده و پرورش یافته، بسیار جدی قلمداد می‌شود؛ در حالی که ممکن است از نظر پیروان دیگر ادیان یا حتی مسلمانان غیر ملتزم به مسأله حجاب، مداخله‌ای ناچیز و قابل اغماض به حساب آید. مسأله‌ای که در پرونده لایلا شاهین به طرفیت دولت ترکیه مورد توجه دادگاه اروپایی حقوق بشر قرار نگرفت.<sup>۱</sup>

بدین ترتیب برای تعیین درجه اهمیت یک اصل بایستی بهجای ارزیابی مسأله در یک فضای صرفاً انتزاعی، موضعی عینی نسبت به مسأله مورد بحث اتخاذ نموده و شرایط و اوضاع و احوال خاص هر مورد را به دقت مورد توجه قرار داد.

قضاوت دادگاه اروپایی حقوق بشر در رابطه با پرونده حزب رفاه و دیگران علیه دولت ترکیه، نمونه بسیار جالبی است از اینکه چگونه دادگاه با در نظر گرفتن «شرایط تاریخی و جامعه‌شناختی کشور ترکیه»، میزان اهمیت اصل سکولاریسم برای حفظ نظم عمومی این کشور را ارزیابی و تعیین نمود (32 - 31: Refah Party and Others v. Turkey, 2001). در این پرونده، دادگاه اروپایی تأکید کرد که به دلیل پیشینه تاریخی خاص ترکیه، اصل سکولاریسم برای حفظ نظم سیاسی نوین این کشور اهمیتی ویژه دارد. به‌زعم دادگاه، جمهوری ترکیه محصول تحولاتی گسترده است که آن را از دولتی تئوکراتیک، به دولتی سکولار بدل کرده و همین گذشته، حساسیت ساختار سیاسی را نسبت به گرایش‌های اسلامی واپس‌گرا افزایش می‌دهد؛ گرایش‌هایی که هنوز می‌توانند تهدیدی واقعی برای موجودیت نظم دموکراتیک باشند. دادگاه همچنین با اشاره به این که بیش از ۹۵ درصد جمعیت ترکیه مسلمان‌اند و امکان بهره‌برداری سیاسی از احساسات مذهبی بسیار بالا است، نتیجه گرفت که چنین سوءاستفاده‌ای می‌تواند ثبات سیاسی و اجتماعی را مختل کند. بر این اساس، اقدام دادگاه قانون اساسی ترکیه در انحلال حزب رفاه به دلیل فعالیت‌های ضدسکولاریستی آن، در نظر دادگاه اروپایی، اقدامی موجه و متناسب برای صیانت از نظم دموکراتیک سکولار این کشور تلقی شد.

بدین ترتیب، ارزیابی اهمیت اصول متعارض تنها پس از اتخاذ موضعی عینی که نمی‌تواند از طریق فرمول سنجش به خودی خود مشخص شود، امکان‌پذیر خواهد بود. بنابراین ارجاع به فرمول سنجش، متضمن اعطای نوعی صلاحیت به قاضی و دیدگاه‌های اخلاقی جدی وی و نیز ایدئولوژی سیاسی او می‌باشد. به هر روی، در چنین مواردی نیز فرمول سنجش ایفای نقش می‌کند؛ زیرا روشن می‌سازد که در قلب فرایند توازن، فضایی برای اعمال صلاحیت قضایی وجود

1. Leyla Şahin v. Turkey.

دارد.

افزون بر این، قاضی می‌تواند در مواردی نیز که روشن نیست آیا پرونده پیش رو در رابطه با اولین متغیر فرمول سنجش (اهمیت اصول متعارض)، یک مورد آسان یا دعوایی دشوار است، به اعمال صلاحیت خلاقانه پردازد. این مسأله می‌تواند حتی در مواردی که پرونده در بادی امر، ساده به نظر می‌رسد، اما پس از بررسی استدلال‌ات مضاعف روشن می‌شود که دعوایی دشوار است نیز محقق شود. این وضعیت را می‌توان با کمک مثالی عینی به روشنی به تصویر کشید: بررسی قضاوت تنباکوی دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان که الکسی از آن به عنوان یک نمونه از دعوای ساده یاد می‌کند، در این ارتباط، راهگشاست (Alexy, 2002: 402). این پرونده به تعهد قانونی تحمیل شده بر تولیدکنندگان تنباکو مربوط می‌شد که طی آن، تولیدکنندگان موظف شده بودند خطرات ناشی از استعمال تنباکو برای سلامت افراد را از طریق نوارهای حکک شده بر روی جعبه‌های سیگار به آنها گوشزد نمایند.<sup>۱</sup> مسأله اساسی در این پرونده آن بود که آیا تحمیل وظیفه مذکور بر تولیدکنندگان تنباکو، امری موجه و قابل دفاع بوده است یا خیر.

الکسی بر این باور است که تعهد مربوطه، مداخله‌ای نسبتاً ناچیز در آزادی حرفه‌ای است، به‌ویژه هنگامی که با اقدامات قابل جایگزینی با آن، از قبیل ممنوعیت فروش تنباکو یا وارد نمودن محدودیت‌های بسیار سنگین بر فروش آن، سنجیده و مقایسه می‌شود. به علاوه روشن است که اقدام مذکور، هدف مشروع حمایت از بهداشت و سلامت عمومی را دنبال می‌کند. بنابراین از نظر الکسی، دخالت اندک و جزئی در آزادی حرفه‌ای در مقابل حمایت از بهداشت و سلامت عمومی بالانس گردیده و متوازن می‌شود (Alexy, 2010:39 and Alexy, 2002: 404).

با این وجود، ارزیابی‌های متفاوت از متغیرهای مرتبط، ناممکن و غیر قابل تصور نیست. از یک نقطه نظر عمل‌گرایانه می‌توان چنین بیان داشت که گوشزد نمودن خطرات قلبی ناشی از مصرف تنباکو بر روی جعبه‌های سیگار، ممکن است در عمل هیچ کمکی به حفظ و ارتقای سلامت مصرف‌کنندگان نکند. زیرا برای مثال ممکن است مصرف‌کنندگان خود پیشاپیش از خطرات احتمالی مصرف سیگار آگاهی داشته باشند. افزون بر این اعتیاد به سیگار می‌تواند حتی با وجود آگاهی از خطرات استعمال آن ادامه یابد، چراکه اعتیاد نشانه ضعف اراده است و نه ضعف اطلاعات. بدین ترتیب هرگاه به موضوع از این زاویه بنگریم، درجه حمایت از سلامتی لزوماً بالا نخواهد بود. یک نفر می‌تواند در این مورد بیشتر استدلال نموده و ادعا کند که مداخله صورت گرفته (تحمیل وظیفه قانونی درج خطرات مصرف سیگار برای سلامتی افراد بر روی جعبه

1. Decisions of the Federal Constitutional Court (BVerfGE) 95, 173. Noted in: Alexy, 2002: 402-404 And Also: Alexy, 2010: 38.

سیگار به تولیدکنندگان تنباکو)، «شایستگی» تأمین هدف مشروع مورد پیگیری (حمایت از بهداشت و سلامت عمومی) را نداشته<sup>۱</sup> و از این منظر، پرونده دشوار به نظر آید. به مثال دیگری در همین ارتباط توجه کنید: قضاوت دادگاه اروپایی حقوق بشر در رابطه با شکایت ویکتور ویکتوریچ کیوتین از فدراسیون روسیه. شاکی در این پرونده به طور مشخص، مدعی شده بود که به هنگام تقاضای صدور مجوز اقامت در روسیه، به سبب وضعیت خاص جسمانی‌اش، قربانی رفتاری تبعیض‌آمیز از سوی مقامات روسی گردیده است. وی که در ایالت ازبکستان اتحاد جماهیر شوروی متولد گردیده و پس از فروپاشی این کشور، تابعیت و شهروندی ازبکستان را تحصیل نموده بود، در سال ۲۰۰۳ همراه مادر و برادر ناتنی‌اش به روسیه مهاجرت کرد. او پس از ازدواج با یک تبعه روس در ژوئیه ۲۰۰۳ و تولد دخترش در ژانویه ۲۰۰۴، برای اخذ اقامت دائم درخواست داد و طبق مقررات، موظف شد تا آزمایش‌های پزشکی لازم را انجام دهد. نتیجه آزمایش‌ها نشان داد که ویکتور، مبتلا به HIV بوده و همین امر سبب شد تا درخواست اقامت وی با این استدلال که حضور او تهدیدی برای بهداشت عمومی است، رد شود. اعتراض‌های او در محاکم داخلی نیز نهایتاً با رأی دادگاه قانون اساسی روسیه مردود اعلام شد و حکم اخراجش صادر گردید (7 - 2: Kiyutin v. Russia, 2011).

پس از آن، شاکی به دادگاه اروپایی حقوق بشر شکایت برد. دادگاه با بررسی مبانی محدودیت‌های ترددی مرتبط با بیماری‌های مسری، اعلام کرد که چنین محدودیت‌هایی، تنها در مورد بیماری‌هایی با شیوع سریع و انتقال اتفاقی مانند وبا، تب زرد، سارس و آنفولانزای مرغی مؤثر است. اما HIV تنها از طریق رفتارهای خاص مانند رابطه جنسی غیرایمن یا استفاده از سرنگ مشترک منتقل می‌شود و حضور فرد مبتلا، به‌خودی‌خود، تهدیدی برای بهداشت عمومی ایجاد نمی‌کند. بنابراین، ممنوعیت ورود مبتلایان بر فرضی کلیشه‌ای مبنی بر اینکه ممکن است بیمار اصول بهداشتی را رعایت نکنند یا دیگران نسبت به محافظت از خود قصور ورزند، مبتنی است. فرضی که نه بر واقعیت استوار بوده و نه وضعیت فردی اشخاصی مانند شاکی را منعکس می‌کند (21: Kiyutin v. Russia, 2011).

دادگاه همچنین با اشاره به اینکه روسیه هیچ محدودیت مشابهی را نسبت به گردشگران موقت، مراجعه‌کنندگان کوتاه‌مدت یا اتباع خودی اعمال نمی‌کند و نیز با توجه به اینکه انتقال HIV ربطی به مدت حضور یا ملیت فرد ندارد، نتیجه گرفت که اعمال محدودیت صرفاً بر متقاضیان اقامت دائمی فاقد توجیه منطقی است. در پایان نیز دادگاه اعلام نمود که این محدودیت‌ها ابزار مناسبی برای جلوگیری از انتقال HIV محسوب نشده و مبنای مشروعی را برای اخراج یا عدم اعطای

1. The Suitability Test.

اقامت، فراهم نمی‌کند (Kiyutin v. Russia, 2011: 22).

قضاوت دادگاه اروپایی حقوق بشر در رابطه با این پرونده، به سادگی نشان می‌دهد که به‌رغم آنکه محاکم داخلی روسیه و از جمله دادگاه قانون اساسی این کشور، دعوی اقامه شده توسط ویکتور را از جمله دعاوی آسان تلقی نموده و به سادگی اخراج او از روسیه را به جهت حمایت از بهداشت عمومی موجه قلمداد کرده بودند، دادگاه اروپایی، درجه حمایت اقدام مذکور از بهداشت و سلامت عمومی را در عمل بسیار پایین ارزیابی نموده و نشان داد که پرونده مذکور از این منظر می‌تواند در عداد دعاوی دشوار قرار داده شود. آنچه در هر حال روشن است، این است که تعیین درجه اهمیت اصول متعارض به «فرضیات هنجاری و کاربردی»<sup>۱</sup> مرتبط با این اصول وابسته است. در این نقطه، فرمول سنجش الکسی بایستی تکمیل شود (Pulido, 2009: 16 - 17).

یک قسم فرض هنجاری، «معنای»<sup>۲</sup> ایده‌های مرتبط با اصول متعارض است. برای نمونه، اصول مربوط به حمایت از آزادی فردی با «مفهومی از شخص»<sup>۳</sup> مرتبط است، که نظام حقوقی و سیاسی از پیش فرض گرفته است (Pulido, 2009: 17). در یک جامعه لیبرال برای مثال (نظیر جامعه رالزی)، حق بر آزادی به‌نحو دقیق با ظرفیت‌های اخلاقی شخص مرتبط بوده و لذا وزن بیشتری برای آن در نظر گرفته می‌شود.<sup>۴</sup> بر این اساس، چنانچه یک اقدام قدرت عمومی در حق بر آزادی یک شخص مداخله نماید، اقدام مذکور به «نقض جدی» اصلی که حق‌ها بر آن مبتنی‌اند، منجر خواهد شد. در یک جامعه رالزی، ظرفیت‌های اخلاقی شخص، ایده‌ای است که بیشترین ارتباط را با اصل حق بر آزادی داشته و لذا بایستی بیشترین میزان اهمیت را به خود اختصاص دهد (Pulido, 2009: 17).

افزون بر ایده‌های مرتبط با اصول مربوط به آزادی فردی، می‌توان معنای بخشی از ایده‌های مرتبط با اصل مربوط به حمایت از نظم عمومی و امنیت ملی را نیز مورد توجه قرار داد. یکی از ایده‌های مرتبط با امنیت ملی، در کشوری همچون آلمان، ایده «یک دموکراسی مستعد دفاع از خود» است که وظیفه سیاسی وفادارماندن به قانون اساسی را بر کارمندان دولت تحمیل می‌کند. آن گونه که دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان در قضاوت ۲۲ می ۱۹۷۵ خود تعریف نموده، وظیفه وفاداری سیاسی، تکلیفی است که تمامی کارمندان دولت را ملزم به جدا نمودن خود از گروه‌هایی می‌سازد که دولت جمهوری فدرال را مورد حمله قرار داده و نظام مشروطه دموکراتیک آزاد مستقر در آلمان را در معرض مخاطره قرار می‌دهند.

1. Factual and Normative Premises.

2. The Meaning (M).

3. The Concept of Person.

4. An Analogous Observation Could be Made When Considering the Concept of Person from a Different Standpoint, more precisely, as a Citizen, Whose Dignity Requires the Protection of Social Interest. See: Gunther, 1972: 1001.

دادگاه اروپایی حقوق بشر در قضاوت خود پیرامون دعوی خانم وگت علیه جمهوری فدرال آلمان به سبب اخراج نامبرده از شغل معلمی به دلیل عضویت مؤثر وی در حزب کمونیست، به خوبی توجه خویش را معطوف به ارتباط تنگاتنگ ایده «دموکراسی مستعد دفاع از خود» با امنیت ملی کشور آلمان به جهت گذشته تاریخی و واقعیات جامعه شناختی این کشور نموده و بر این مبنا خاطر نشان ساخت که یک دولت دموکراتیک می‌تواند کارمندان خود را ملزم به وفاداری سیاسی نسبت به اصول بنیادینی سازد که نظام سیاسی بر آن‌ها مبتنی یافته است. در این ارتباط، دادگاه، تجربه آلمان تحت حکومت جمهوری ویمار و نیز دوره کوتاهی که پس از اضمحلال این رژیم ادامه پیدا کرده و در نهایت به تصویب قانون بنیادین کشور در سال ۱۹۴۹ انجامید را در نظر گرفته و اذعان نمود، آلمان در صدد بوده است تا با بنا نمودن نظام سیاسی نوینش بر ایده «یک دموکراسی مستعد دفاع از خود»، از تکرار چنان تجربیاتی جلوگیری نماید. بنابراین نایستی وضعیت آلمان در شرایط سیاسی آن دوره، به فراموشی سپرده شود. این شرایط، به نحو قابل درکی، وزن و اهمیت فوق‌العاده‌ای را به این ایده زیربنایی و وظیفه سیاسی متناظر با آن، یعنی وظیفه وفادارماندن کارمندان دولت به قانون اساسی می‌بخشد (Vogt v. Germany, 1995: 16 - 17).

یک قسم دیگر از فرضیات هنجاری، «اهمیت جایگاه حقوقی»<sup>۱</sup> در هر مورد، از نقطه نظر محتوای اصول مرتبط است (Pulido, 2009: 18). برای مثال، اقدام دولت جهت سانسور یک «حزب مخالف در زمان انتخابات»، آسیبی جدی به آزادی بیان قلمداد می‌شود تا صرف نظارت بر «مجله‌ای که جزئیاتی را درباره زندگی جنسی بازیگران هالیوود منتشر می‌نماید» (Pulido, 2009: 18).

یک نمونه بسیار جالب از به کارگیری فرضیه هنجاری اهمیت جایگاه حقوقی در تعیین میزان اهمیت اصل مربوط به آزادی بیان را می‌توان در قضاوت دادگاه اروپایی حقوق بشر در رابطه با پرونده کیلان علیه دولت ترکیه مشاهده نمود. شاکی که رئیس اتحادیه کارگران نفتی بود، در سال ۱۹۹۱ مقاله‌ای را درباره نقض حقوق بشر در جنوب شرق ترکیه، در خبرنامه هفتگی ینی یلک، منتشر کرد. دادستان ترکیه عطف نظر به همین مقاله، او را طبق ماده ۳۱۲ قانون جزا به «برانگیختن نفرت و انزجار» متهم نمود. شاکی تأکید کرد که هدفش نه فتنه افکنی، بلکه انجام وظیفه‌اش به عنوان رهبر یک اتحادیه مهم و اظهار نظر درباره بحران دموکراسی بوده است. دادگاه با توجه به شرایط حساس پس از جنگ خلیج فارس و ورود گسترده آوارگان کرد از عراق به مرزهای ترکیه و نیز دغدغه دولت در مبارزه با تروریسم، تشخیص داد که مقاله با وجود لحن گزنده، دعوتی به خشونت یا اقدام مسلحانه نداشته است. دادگاه، الزام به در نظر داشت جایگاه حقوقی شاکی به عنوان رهبر یک اتحادیه را تصریح نموده و نیز پیامدهای سنگین محکومیت از جمله از

1. The Importance of the Legal Position. (LP)

دست‌دادن سمت و حقوق مدنی و سیاسی را، مؤثر دانست و نهایتاً نتیجه گرفت که محکومیت او متناسب با هدف حفظ امنیت ملی نبوده و در یک جامعه دموکراتیک «ضروری» محسوب نمی‌شود (Cylan v. Turkey, 1999: 21 - 24).

افزون بر فروض هنجاری، فرضیات کاربردی نیز در تعیین میزان اهمیت اصول در خطر بایستی مورد توجه قرار گیرند. فروض کاربردی با این موضوع مرتبط‌اند که اقدام مورد مناقشه، چه تأثیری بر اصول مربوطه داشته یا به دیگر سخن اقدام مذکور چه اثری در تحقق اصول مرتبط با آن به‌جای می‌گذارد (Pulido, 2009: 19). از این نقطه نظر، درجه حمایت‌گری عمل مورد مناقشه از یک اصل، با توجه به میزان «کارآمدی»<sup>۱</sup>، «امکان‌پذیری»<sup>۲</sup>، «سرعت»<sup>۳</sup> و «دوام»<sup>۴</sup> عمل مورد مناقشه در برآورده‌سازی اصل مذکور تعیین و ارزیابی می‌شود. هر چقدر اقدام مورد بحث در برآوردن اصل مربوطه، کارآمدتر، قابل حصول‌تر، سریع‌تر و بادوام‌تر باشد (اصل در خطر را برای مدت زمانی طولانی‌تر مورد حمایت قرار دهد)، اهمیت اصل مرتبط با آن بیشتر خواهد بود (Pulido, 2009: 19 - 20). گفتنی است، تعیین میزان کارآمدی، امکان‌پذیری، سرعت و دوام عمل مورد بحث در یک اصل نیز به‌نوبه خود در گرو بررسی دقیق واقعیات تاریخی، جامعه‌شناختی و علمی در هر مورد خاص است.

نحوه به‌کارگیری پاره‌ای از فرضیات کاربردی مذکور توسط محاکم در تعیین میزان اهمیت یک اصل را می‌توان به کمک مثالی عینی به روشنی نشان داد: همان‌گونه که پیشتر توضیح داده شد در پرونده کیوتین علیه فدراسیون روسیه، دادگاه اروپایی حقوق بشر، ارزیابی خود پیرامون درجه اهمیت اصل مربوط به حمایت از بهداشت عمومی را بر فرضیات تجربی گوناگونی استوار ساخت. دادگاه با تأکید بر اجماع موجود میان کارشناسان و ارکان بین‌المللی فعال در زمینه بهداشت عمومی مبنی بر اینکه ایجاد محدودیت بر مسافرت و تردد افراد مبتلا به اچ‌ای‌وی مثبت نمی‌تواند در عمل، تأثیر چندانی بر حمایت از بهداشت و سلامت عمومی داشته باشد، کارآیی و قابلیت اقدام دولت روسیه در اخراج کیوتین از این کشور را در تحقق هدف مشروع مورد نظر آن‌ها (حمایت از بهداشت عمومی) بسیار اندک قلمداد نمود. دادگاه به‌علاوه با استناد به مخالفت سازمان بهداشت جهانی با این طرز فکر که محدودیت‌های ترددی، یک شیوه مؤثر و کارآمد پیشگیری از شیوع اچ‌ای‌وی است<sup>۵</sup> و نیز دیدگاه‌های مشابه کمیسر حقوق بشر سازمان ملل متحد،<sup>۱</sup>

1. Efficiency (E).

2. Probability (P).

3. Speed (Sp).

4. Duration (D).

5. See: Report on the Consultation on International Travel and HIV Infection, 2-3 March 1987.

سازمان بین‌المللی مهاجرت،<sup>۲</sup> کمیسر سازمان ملل متحد در امور پناهندگان،<sup>۳</sup> بانک جهانی،<sup>۴</sup> سازمان بین‌المللی کار،<sup>۵</sup> پارلمان اروپا و کمیسیون اروپا،<sup>۶</sup> بر عدم کارآیی و توانمندی محدودیت‌های ترددی برای حمایت از بهداشت عمومی در برابر بیماری ایدز تأکید نمود.

در نهایت، دادگاه اعلام داشت که محدودیت‌های ترددی اعمال شده در خصوص مبتلایان به اچ‌ای‌وی مثبت که متقاضی اقامت در روسیه هستند، شیوه مؤثری برای جلوگیری از انتقال ویروس اچ‌ای‌وی به اتباع این کشور نبوده و لذا میزان حمایت‌گری اقدام مورد مناقشه از بهداشت عمومی را اندک و غیر قابل ملاحظه ارزیابی نمود. بنابراین به روشنی پیداست که دادگاه اروپایی ارزیابی خود پیرامون میزان کارآمدی و قابلیت عمل مورد مناقشه در حمایت از اصل بهداشت عمومی را بر بررسی دقیق و موشکافانه واقعیات علمی موجود در این زمینه استوار نمود. از این منظر رأی مجلس لردهای بریتانیا در خصوص پرونده آر و دیگران علیه رئیس پلیس یورکشایر جنوبی که بدون توجه به نظریات کارشناسان خبره پیرامون عدم کارآیی ایجاد بانک اطلاعاتی DNA در پیشگیری از بروز جرم و ارتقای امنیت عمومی اتخاذ گردید، (R v. Chief Constable of South Yorkshire, 2004) قابل انتقاد به نظر می‌رسد.

پرونده مارپر، دربردارنده اعتراضی نسبت به ماده ۶۴ (IA) قانون پلیس و مدرک جنایی ۱۹۸۴ انگلستان<sup>۷</sup> بود که توسط ماده ۸۲ قانون پلیس و عدالت کیفری انگلستان<sup>۸</sup> مصوب سال ۲۰۰۱ اصلاح گردیده بود. ماده مذکور با این هدف اصلاح شده بود که این امکان را به وجود آورد تا اثر انگشت‌ها و نمونه‌های DNA اخذ شده از افراد مظنون به ارتکاب جرایم قابل ثبت<sup>۹</sup> که مورد محاکمه قرار نگرفته یا بعداً تبرئه شده بودند، به‌طور نامحدود حفظ و نگهداری شوند، حتی پس از آنکه هدفی را که برای آن اخذ شده بودند، برآورده ساختند. به‌موجب ماده ۶۴، این امر مشروط است بر اینکه نمونه‌های مذکور توسط هیچ فردی جز در راستای هدف مورد نظر قانون یعنی کاهش جرم و پیشگیری از بروز ناامنی در جامعه و در جهت تحقیق و بازجویی پیرامون یک جرم

1. The International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights, 2006.
2. The UNAIDS/IOM (Joint United Nations Programme on HIV/AIDS/International Organization for Migration), June 2004.
3. UNHCR (Note on HIV/AIDS and the Protection of Refugees, IDPs and Other Persons of Concern), 2006.
4. The Legal Aspects of HIV/AIDS.
5. ILO Recommendation concerning HIV and AIDS and the World of Work, No. 200, 2010.
6. The Resolution of 22 May 2008.
7. The Police and Criminal Evidence Act, 1984 (UK).
8. The Criminal Justice and Police Act, 2001 (UK).
9. Recordable Offences: Recordable Offences Cover Most Criminal Offences Including Offences Under the Public Order Act 1986 (UK) c 64. See: Levitt and Tomasini, 2006: 41.

یا انجام یک تعقیب کیفری مورد استفاده قرار نگیرند.<sup>۱</sup> نمونه‌های اخذ شده برای ایجاد سوابق DNA ای<sup>۲</sup> به کار گرفته می‌شدند که در «تحقیقات نظری»<sup>۳</sup> برای تطبیق با نمونه‌های به‌دست آمده از صحنه‌های جرم مورد استفاده قرار می‌گرفتند. مسأله اصلی پرونده مارپر این بود که آیا مقرر مزبور با حق بر خلوت و حق بر عدم تبعیض مندرج در بندهای ۸ و ۱۴ ماده ۴۲ قانون حقوق بشر مصوب ۱۹۹۸ انگلستان سازگار است یا خیر؟ (R v. Chief Constable of South Yorkshire, 2004: 203)

در پرونده مارپر و دیگران، دو شهروند با نام‌های مارپر-آر و دیوید-اس، علیه سیاست پلیس در عدم امحای اثرانگشت و نمونه‌های DNA پس از اثبات بی‌گناهی‌شان، اعتراض کردند. دیوید، پسر ۱۱ ساله‌ای بود که از اتهام «تلاش برای سرقت»<sup>۴</sup> (شروع به دزدی) تبرئه شد و مارپر نیز که به اتهام «آزار و اذیت»<sup>۵</sup> شریکش بازداشت شده بود، پس از مصالحه با وی آزاد شد. با وجود این، پلیس با اتکا به سیاست رئیس پلیس، از حذف داده‌های بیومتریک آنان خودداری کرد. شاکیان در مجلس لردها طرح دعوی کردند و مدعی شدند که این رویه، ناقض حق بر حریم خصوصی (بند ۸) و منع تبعیض (بند ۱۴) قانون حقوق بشر ۱۹۹۸ است (R v. Chief Constable of South Yorkshire, 2004: 205).

اکثریت چهار تن از پنج لرد، استدلال دولت را پذیرفتند که نگهداری داده‌های بیومتریک در «مرکز ملی اطلاعات مربوط به DNA»<sup>۶</sup> به‌موجب ماده ۶۴ قانون پلیس و ادله جنایی ۱۹۸۴ دارای هدف مشروع یعنی کاهش جرم و ارتقای امنیت عمومی است (R v. Chief Constable of South Yorkshire, 2004: 206).

بارنس هیل که یکی از چهار لرد موافق استدلال دولت بود، نگهداری داده‌ها را قابل توجیه دانست و بیان داشت که جامعه به‌عنوان یک کل، از توسعه حداکثری بانک اطلاعاتی سود می‌برد. به نظر وی، قانون زمانی به اهداف خود نظیر کاهش شمار ارتکاب جرایم، تعقیب و مجازات مجرمین و در نهایت، ارتقای امنیت عمومی جامعه دست خواهد یافت که نمونه‌ها تا حد ممکن جمع‌آوری و نگهداری شوند (R v. Chief Constable of South Yorkshire, 2004: 218-219). لردهای دیگر نیز استدلال‌هایی در همین راستا و به نفع ایجاد بانک اطلاعاتی ارائه نمودند. مجلس لردها در نهایت اعلام داشت که بانک اطلاعاتی DNA، ابزاری ارزشمند برای مبارزه با

1. Police and Criminal Evidence Act, 1984 (UK)  
2. DNA Profiles.  
3. Speculative Searches.  
4. The Offence of Attempted Robbery.  
5. Harassment.  
6. The National DNA Database.

جرائم جدی بوده و به ارتقای امنیت عمومی در سطح جامعه یاری می‌رساند. مسائل حاشیه‌ای و امکان سوءاستفاده در آینده نیاستی منافع حاصل از ایجاد چنین بانک اطلاعاتی توسعه یافته‌ای را کم‌رنگ ساخته و از نظرها پنهان دارد: (R v. Chief Constable of South Yorkshire, 2004: 220). در مجموع، مجلس لردها بدون بررسی کارآمدی واقعی بانک اطلاعاتی DNA حتی در برابر نظر متخصصانی که آن را ناکارآمد می‌دانستند، با فرض کافی بودن منفعت امنیتی آن، حفظ داده‌های بیومتریک را موجه دانست و شکایت مارپر و دیگران را وارد نشمرد.

در هر حال، با در نظر گرفتن فرضیات هنجاری و کاربردی مربوط به تعیین میزان اهمیت اصول متعارض می‌توان متغیرهای  $IP_iC$  و  $SP_jC$  فرمول سنجش را به شیوه‌ای صریح‌تر و توسعه یافته‌تر به نحو ذیل صورت‌بندی نمود:

$$IP_iC = (MP_iC * LPP_iC) * (EP_iC * PP_iC * SPP_iC * DP_iC)$$

$$SP_jC = (MP_jC * LPP_jC) * (EP_jC * PP_jC * SPP_jC * DP_jC)$$

## ۲. وزن انتزاعی اصول متعارض

فضای بیشتر برای اعمال صلاحیت قضایی، از ارزیابی و اندازه‌گیری وزن انتزاعی اصول متعارض توسط قاضی ناشی می‌شود. وزن انتزاعی، «یک متغیر بسیار منحصربه‌فرد»<sup>۱</sup> 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»<sup>۲</sup> اتخاذ کنند (Pulido, 2009: 17). به‌طور طبیعی، متغیر وزن انتزاعی، زمانی اهمیت خود را از دست می‌دهد که اصول متعارض از «ماهیتی یکسان» برخوردار باشند. به هر روی، حتی در مواردی که چنین نباشد ممکن است دعاوی مطروحه، از نوع دعاوی آسان بوده و تعیین وزن انتزاعی اصول مربوطه به سادگی امکان‌پذیر باشد. برای مثال می‌توان ادعا کرد که اصل مربوط به حمایت از حیات بایستی وزن انتزاعی بیشتری را نسبت به سایر اصول دریافت دارد.<sup>۳</sup>

در هر حال، قضات به هنگام تعیین وزن انتزاعی اصول در خطر از صلاحیت قابل توجهی برخوردارند. در این نقطه، عقلانیت مدل توازن از یک «حد»<sup>۴</sup> برخوردار خواهد بود، چراکه هیچ «درجه‌بندی از پیش تعیین شده کاملی»<sup>۵</sup> از اوزان انتزاعی اصول مختلف وجود ندارد که بتوان در قالب شاخص سه وجهی صورت‌بندی نمود. برای مثال اگرچه می‌توان استدلال کرد که اصل مربوط به حمایت از حیات از بالاترین وزن انتزاعی (۴) برخوردار است، با این حال ممکن است این

1. A Very Singular Variable.  
2. The Substantial Theory of the Constitution.  
3. The Same Nature.  
4. The Limit.  
5. Complete Pre-established Graduation.

پرسش پیش کشیده شود که آیا اصول بسیار مرتبط با کرامت ذاتی یا تصمیم‌گیری دموکراتیک نیز نیایستی از همین میزان ارزش برخوردار شوند؟ یا اینکه این امر بایستی به میزان نزدیکی این ارتباط وابسته باشد؟ درباره سایر اصول، چه؟

از این منظر می‌توان اذعان داشت که اندازه‌گیری وزن انتزاعی اصول بر طبق شاخص سه‌وجهی وابسته به نظریه ماهوی‌ای 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 مبنای قاضی بایستی مسأله را بر طبق «بهترین نظریه ماهوی درباره قانون اساسی»<sup>۱</sup> حل و فصل نماید (Pulido, 2009: 18 - 19). با این وجود، گاه نمی‌توان پیش‌بینی نمود که اتخاذ چنین روشی به چه نتیجه‌ای خواهد انجامید. بر این اساس به نظر می‌رسد که صحیح‌ترین پاسخ این باشد که «هیچ پاسخ صحیحی یا دست کم هیچ پاسخ صحیح واحدی برای پرسش‌هایی تا بدین حد دشوار و چالش‌برانگیز وجود ندارد».

### ۳. قابل اتکا بودن فرضیات

برخی دیگر از محدودیت‌های عقلانیت توازن با قابل اتکا بودن فرضیات تجربی مربوط به تعیین میزان اهمیت اصول در خطر مرتبط‌اند. همان‌گونه که پیشتر بیان شد درجه حمایت‌گری عمل مورد مناقشه از یک اصل، با توجه به میزان کارآمدی، امکان‌پذیری، سرعت و دوام عمل مورد 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 قابل اتکا بودن فرضیات تجربی را از منظر هر یک از این موارد مشخص نماییم. دانش تجربی قضات محدود بوده و گاه آن‌ها ارزش واقعی هر یک از این متغیرها را به درستی نمی‌دانند. دوم، ترکیب متغیرهای مورد بحث، به‌نوبه خود، امری بسیار پیچیده و چالش‌برانگیز است. قابل اتکا بودن یک فرضیه تجربی که فرض کارآمدی بسیار اندک‌ش، قابل پذیرش تلقی شده ( $\frac{1}{2}$ )، فرض سرعت بالای آن، آشکار اشتباه نبوده ( $\frac{1}{4}$ )، فرض امکان‌پذیری شدید آن، قابل اتکا (۴) ارزیابی گردیده و فرض دوام و ثبات زیادش، قابل اتکا (۱) تلقی می‌گردد، چگونه ارزیابی خواهد شد؟ همچنین اگر متغیرهای مشابه، ارزشی مشابه داشته اما به ترتیبی متفاوت قرار گیرند، آیا قابلیت اتکای فرضیه تجربی مربوطه افزایش خواهد یافت؟ افزون بر این، ممکن است «مشکلی شناخت‌شناسانه»<sup>۲</sup> در رابطه با قابلیت اتکای فرضیات

1. The Best Substantial Theory of the Constitution.

2. An Epistemological Problem.

هنجاری‌ای که میزان اهمیت و وزن انتزاعی اصول متعارض را مشخص می‌کنند، وجود داشته باشد. این موضوع، «صلاحیت شناختی هنجاری»<sup>۱</sup> 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 یا آشکارا نادرست به حساب نمی‌آیند (Pulido, 2009: 20).

چنانچه قابل اتکا بودن فروض کاربردی مربوط به میزان اهمیت اصول متعارض ( $REIP_iC$  and  $RESP_jC$ ) را از قابل اتکا بودن فرضیات هنجاری مرتبط با این موضوع ( $RNIP_iC$  and  $RNSP_jC$ ) و نیز قابل اتکا بودن فروض هنجاری مربوط به وزن انتزاعی اصول مذکور، در پرونده مورد بحث از یکدیگر تفکیک نماییم، آن‌گاه به تعریفی موسع از قابل اتکا بودن به‌نحو ذیل دست خواهیم یافت (Pulido, 2009: 19 - 20):

$$RP_iC = REIP_iC * RNIP_iC * RNWP_iA$$

$$RP_jC = RESP_jC * RNSP_jC * RNWP_jA$$

#### ۴. صورت‌بندی نهایی فرمول سنجش

با در نظر گرفتن تمامی ملاحظات پیش‌گفته، به صورت‌بندی توسعه‌یافته‌تری از فرمول سنجش به‌نحو ذیل دست خواهیم یافت:

$$WP_{ij}C = \frac{(MP_iC * LPP_iC) * (EP_iC * PP_iC * SPP_iC * DP_iC) * WP_iA * (REIP_iC * (RNIP_iC * RNWP_iA))}{(MP_jC * LPP_jC) * (EP_jC * PP_jC * SPP_jC * DP_jC) * WP_jA * (RESP_jC * (RNSP_jC * RNWP_jA))}$$

صورت‌بندی جدید فرمول سنجش، این امکان را فراهم می‌سازد تا متغیرهای هنجاری و کاربردی اصلی‌ای را که با فرایند توازن در ارتباط‌اند، شناسایی نماییم. با این همه صورت‌بندی جدید، بسیار پیچیده بوده و می‌تواند این انتقاد را برانگیزد که اعمال آن کار چندان آسانی نخواهد بود. به هر روی بایستی اذعان داشت که این صورت‌بندی توسعه‌یافته پیچیده است، چراکه اعمال اصول، خود فرایندی کاملاً دشوار، چالش‌برانگیز و پیچیده است. افزون بر این، اجرای فرمول سنجش، یک «فرایند الگوریتمی»<sup>۲</sup> نیست که بتواند تنها یک پاسخ صحیح را در تمامی موارد تضمین نماید. کاملاً برعکس، فرایند توازن، با محدودیت‌های عقلانیتی متنوعی مواجه است که فضایی را به قضات جهت اعمال صلاحیت خلاقانه اعطا می‌نماید. در اینجا است که ایدئولوژی و ارزش‌گذاری‌های شخصی قاضی، نقشی مهم را در حل تعارض ایفا می‌کنند (Alexy, 2010: 40).

#### ج. مسئولیت استدلال

سومین و آخرین رکن ساختار توازن، مسئولیت استدلال است. این مسئولیت زمانی موضوعیت

1. The Normative Epistemic Discretion.

2. An Algorithmic Procedure.

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. الکسی از دو شیوه برای شکستن بن‌بست و عبور از آن استفاده می‌کند. راه‌حل نخست را الکسی در فصل پایانی کتاب تئوری حق‌های بنیادین مطرح نموده و راه حل دوم را در ضمیمه ویرایش کتاب مزبور به زبان انگلیسی که ۱۵ سال پس از انتشار اولیه آن صورت گرفت، عرضه داشته است. با این همه، چنین به نظر می‌رسد که راه‌حل‌های دوگانه مزبور تا حدودی مشکل‌آفرین‌اند، چرا که همانگونه که خواهیم دید به نتایج نسبتاً متفاوت می‌انجامند.

در تئوری حق‌های بنیادین، رابرت الکسی، به نفع مسئولیت استدلالی بحث می‌کند که از «آزادی حقوقی و برابری حقوقی»<sup>۱</sup> حمایت می‌نماید (Alexy, 2002: 384). بر طبق این رویکرد، هیچ اصل مغایر با آزادی حقوقی و برابری حقوقی نمی‌تواند در اولویت قرار گیرد، مگر اینکه «دلایلی قوی‌تر»<sup>۲</sup> به نفع آن‌ها پیش کشیده شود (Alexy, 2002: 385). به دیگر سخن از این منظر، بن‌بست بایستی به نفع آزادی و برابری حقوقی شکسته شود.

با این حال، الکسی در ضمیمه ویرایش بعدی کتاب تئوری حق‌های بنیادین خود به زبان انگلیسی، از مسئولیت استدلال متفاوتی دفاع می‌کند. وی چنین اظهار می‌دارد که قانون پارلمان نبایستی علی‌الظاهر «نامتناسب»<sup>۳</sup> باشد و بر این اساس بایستی «در تطابق با قانون اساسی»<sup>۴</sup> در نظر گرفته شود. بر این مبنا، قضات بایستی به هنگام مواجهه با یک بن‌بست، در نهایت آن دسته از اقدامات دولت (از جمله مداخله در حقوق و آزادی‌های افراد) را که به موجب قانون پارلمان صورت گرفته، تأیید نموده و به عبارت دیگر، بن‌بست‌ها را نه به نفع آزادی و برابری حقوقی، بلکه به نفع دموکراسی از پیش رو بردارند (Alexy, 2002: 410). اگرچه از یک چشم‌انداز دموکراتیک، مسئولیت استدلال اخیر، مناسب‌تر و قابل قبول‌تر از مسئولیت نخست است (Pulido, 2009: 12)، اما بدون تردید، «دفاع هنجارگرایانه»<sup>۵</sup> 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 مسئولیت استدلال دوم، یعنی استدلال به نفع اقدامات قانونی و مآلاً دموکراتیک دولت حمایت کرد.<sup>۶</sup>

1. Legal Liberty and Legal Equality.

2. Stronger Reasons.

3. Disproportionate.

4. In Accordance with the Constitution.

5. Normative Defiance.

6. See For More Details: Brighouse and Fleurbaey, 2008: 137-155.

### نتیجه‌گیری

تحلیل ارائه‌شده در این مقاله نشان می‌دهد که نظریه توازن الکسی، با وجود انتقادات جدی، یکی از منسجم‌ترین تلاش‌ها برای ارائه الگوی عقلانی در سنجش تعارض اصول است. بررسی متغیرهای مرتبط با فرمول سنجش - اعم از شدت مداخله، اهمیت اصول، وزن انتزاعی، و قابلیت اتکای فرضیات تجربی و هنجاری - روشن ساخت که توازن فرایندی صرفاً مکانیکی یا ریاضی‌وار نیست، بلکه تلفیقی از ارزیابی‌های هنجاری، تجربه‌محور و عقلانی است. پیچیدگی فرمول، نه نشانه ضعف، بلکه بازتاب دشواری واقعی اعمال اصول حقوقی در موقعیت‌های عینی است.

نمونه‌های قضایی مورد بررسی نشان دادند که قاضی ناگزیر است با تکیه بر واقعیت‌های علمی، اجتماعی و تاریخی هر پرونده، وزن اصول متعارض را تعیین کند. بنابراین، فضایی که نظریه توازن برای اعمال صلاحیت قضایی باقی می‌گذارد، امری ناگزیر و حتی مطلوب است؛ زیرا حقوق اساسی با موقعیت‌های انسانی و سیاسی متنوعی مواجه است و نمی‌توان برای آنها پاسخ واحد و از پیش تعیین‌شده ارائه کرد. تحلیل نگارنده با توجه به انتقادهای مفهومی و کاربردی نشان می‌دهد که نظریه توازن الکسی توانسته انتقاد مفهومی مربوط به امکان کمی‌سازی و شاخص‌گذاری اصول را با فرمول سنجش پاسخ دهد، در حالی که انتقاد کاربردی مربوط به خطر توجیه‌گری و انعطاف بیش از حد، همچنان موضوع بحث و تبیین بیشتر است. علاوه بر این، جایگاه نظریه الکسی در مقایسه با نظریه‌های رقیب روشن می‌شود: برخلاف اصل‌گرایی سخت‌گیر که قواعد را مطلق و غیرقابل مصالحه می‌بیند و برخلاف موازنه‌های ابزاری و فایده‌گرایانه که ممکن است صرفاً بر نتایج عملی تمرکز کنند، نظریه توازن الکسی چارچوبی عقلانی و مشروط ارائه می‌دهد که هم انسجام مفهومی و هم مشروعیت عملی تصمیمات قضایی را تضمین می‌کند.

در نهایت، عقلانیت نظریه توازن نه در ارائه پاسخی قطعی، بلکه در شفاف‌سازی مراحل داوری، عوامل مؤثر بر تصمیم‌گیری و امکان نقد، بازبینی و اصلاح تصمیمات قضایی نهفته است. این ویژگی، نظریه الکسی را به ابزاری ارزشمند برای فهم و مدیریت تعارض میان اصول در حقوق عمومی تبدیل می‌کند.

### پیشنهادات نگارنده برای پژوهش‌های آتی و کاربرد عملی:

- ۱- توسعه و آزمون مدل توازن الکسی در حوزه‌های خاص حقوقی، مانند حقوق دیجیتال، محیط زیست و حقوق مهاجران، برای سنجش قابلیت عملی فرمول سنجش.
- ۲- بررسی تجربی تأثیر شفافیت و شاخص‌های کمی و کیفی فرمول سنجش بر تصمیم‌های قضایی در نظام‌های مختلف حقوقی.

- ۳- تبیین بیشتر ارتباط میان محدودیت‌های فرایند توازن و کاهش سلیقه‌گرایی قضایی برای ارائه دستورالعمل‌های عملی به قضات و نهادهای نظارتی.
- ۴- مقایسه تطبیقی توازن الکسی با نظریه‌های رقیب در کاربرد عملی و تحلیل مزایا و محدودیت‌های هر مدل.

#### کتابنامه

#### Book & Article

- Alexander, L. & Kress, K. (1995). Against Legal Principles. In *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, (ed.) A. Marmor, Oxford: Oxford University Press.
- Alexy R. (2007). The Weight Formula. (Trans.) Bartosz Brożek and Stanley L. Paulson, *In Studies in the Philosophy of Law*, 3.
- Alexy, R. (1989). *A Theory of Legal Argumentation*. (Trans.) Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford: Clar-endon Press.
- Alexy, R. (2002). *A Theory of Constitutional Rights*. (ed.) Julia Rivers, New York: Oxford University Press.
- Alexy, R. (2003). On Balancing and Subsumption; A Structural Comparison. *In Ratio Juris*, 16.
- Alexy, R. (2010). The Construction of Constitutional Rights. *In Law & Ethics of Human Rights*, 4.
- Avila, H. (2007). *Theory of Legal Principles*. Dordrecht, Netherlands: Springer.
- Barak, A. (2006). *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press.
- Brighouse, H. & Fleurbaey, M. (2008). Democracy and Proportionality. *In the Journal of Political Philosophy*, 18.
- Craig, Paul P. (2010). Proportionality, Rationality and Review. *In New Zealand Law Review*, 265.
- Dworkin, R. (1977). The Model of Rules I. *in Taking Rights Seriously*, Cambridge: Mass: Harvard University Press.
- Gunther, G., (1972). In Search of Judicial Quality on a Changing Court: The Case of Justice Powell. *In Stanford Law Review*, 24.
- Levitt, M. and Tomasini, F. (2006). Bar-Coded Children: An Exploration of Issues around the Inclusion of Children on the England and Wales National DNA

Database. *In Genomics, Society and Policy*, 2.

Pulido, C. B. (2009). The Rationality of Balancing. Available At [http://www.upf.edu/filosofiadeldret/\\_pdf/bernal\\_rationality\\_of\\_balancing.pdf](http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bernal_rationality_of_balancing.pdf).

Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press.

Schauer, F. (2009). *Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text*. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1403343>

#### **case**

Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, Judgment of 7 December 1976, Series A, Nos. 5095/71; 5920/72; 5926/72.

Cylan v. Turkey, Judgment of 8 July 1999, Series A, No. 23556/94.

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

Vogt v. Germany, Judgment of 26 September 1995, Series A, No. 17851/91.

Refah Party and Others v. Turkey, Judgment of 31 July 2001, Series A, Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98.

Leyla Şahin v. Turkey, Judgment of 10 November 2005, series A, No. 44774/98.

Kiyutin v. Russia, Judgment of 10 May 2011, Series A, No. 2700/10.

#### **Document**

ILO Recommendation concerning HIV and AIDS and the World of Work, No. 200, 2010.

Report on the Consultation on International Travel and HIV Infection, 2-3 March 1987

The International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights, 2006.

The UNAIDS/IOM (Joint United Nations Programme on HIV/AIDS/International Organization for Migration), June 2004.

UNHCR (Note on HIV/AIDS and the Protection of Refugees, IDPs and Other Persons of Concern), 2006.

#### **Relevant Domestic Law in UK**

The Criminal Justice and Police Act, 2001 (UK).

The Police and Criminal Evidence Act, 1984 (UK).