

اندیشه اضطرارگرایی در مصاف با نظریه تعادل

مهناز بیات کمیته‌ی * - مهدی بالوی **

(تاریخ دریافت: ۹۲/۹/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۹۳/۲/۲۴)

چکیده

حق و مصلحت از جمله مفاهیمی هستند که بر مباحث سیاسی، اخلاقی، حقوقی و اجتماعی اکثر کشورهای دنیا حاکم شده‌اند. با این حال، وجود ناهماهنگی میان اقتضائات تضمین حقوق فردی و ارتقای مصلحت عمومی موجب می‌شود که بروز حدی از تنش میان این حقوق و آن مصالح، گریزناپذیر باشد. پژوهشگران، ضمن اتخاذ رویکردهای نظری مختلف درباره نسبت میان حق و مصلحت، راهکارهای متفاوتی را برای حل این تعارض مطرح نموده‌اند. پاره‌ای از آن‌ها با طرح ایده حاکمیت حق، بر اولویت حقوق فردی تأکید نموده و برخی دیگر، مصلحت عمومی را دارای تقدم رتبی قلمداد کرده‌اند. در میان طرفداران نظریه تقدم مصلحت، عده‌ای با طرح اندیشه اضطرارگرایی بر عادی شدن وضعیت اضطراری به‌ویژه پس از وقوع حوادث ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ تأکید نموده و ضمن مقدم دانستن منافع جمعی نسبت به حقوق و آزادی‌های فردی، خواستار اعطای قدرت بیشتر به دولت جهت محدودسازی حق‌ها شده‌اند. در این نوشتار تلاش خواهد شد تا پس از نقد اندیشه اضطرارگرایی، ایده تعادل را به مثابه نظریه‌ای همگرا در خصوص نسبت میان حقوق فردی و مصالح جمعی معرفی شود.

کلیدواژگان: حق، مصلحت عمومی، نظریه تقدم مصلحت، اندیشه اضطرارگرایی، نظریه تعادل

مقدمه

حق که با گوهر حیات انسانی یعنی کرامت ذاتی و فاعلیت اخلاقی افراد در ارتباط است، ادعایی است فردی که با پشتیبانی قدرت عالی سیاسی تأمین و تضمین می‌شود. حق از این منظر، امری است حداقلی که بخشی کمینه از سرزمین عدالت را درنور دیده و تنها پاره‌ای از اقتضائات عدالت در روابط بین‌انسانی را مطرح می‌کند. در مقابل، مصلحت عمومی با آن جنبه از حیات انسانی مرتبط است که در پیوند تنگاتنگ با جمع و منافع جمعی قرار دارد. جمع از آن جهت که جمع است، البته منافع و مصالحی دارد که باید به طریقی متناسب با آن هویت، تأمین و تضمین شوند. مصلحت در این معنا، وسیله حفاظت از اصل حیات اجتماعی بوده و بر این مبنا، هویتی جمع‌گرایانه دارد. از همین رو می‌توان نظم عمومی، امنیت ملی، حداقل رفاه، حداقل بهداشت و حداقل آموزش را مصادیق مصلحت عمومی قلمداد نمود. از آنجا که مصلحت به حفاظت از اصل حیات جمعی می‌پردازد، همچون حق، امری حداقلی بوده و تمامی لوازم عدالت در زندگی جمعی را تأمین و برآورده نمی‌سازد. بدین ترتیب، حق و مصلحت، هر یک، به سهم خود، بخشی از لوازم ضروری و اقتضائات منطقی اصل عدالت در روابط بین‌انسانی را مطرح نموده و بر این بنیاد، ادامه حیات انسانی بدون تأمین و تضمین آن‌ها اساساً ممکن نیست.^۱

با وجود اهمیت نهاد حق برای حفاظت از کیان فردی و ضرورت نهاد مصلحت برای پاسداری از کیان جمعی، بروز حدی از تنش و تعارض میان این دو ارزش مهم حیات انسانی، به دلیل واقعیت تکرر ارزشی و ادعاهای متعارض، در یک سو، و اعمال متزاحم به دلیل منابع محدود مادی، در دیگر سو، در عرصه اجتماع، امری قطعی است و حتی به تعبیر برخی، «ذاتی حیات جمعی انسان» است.^۲

اما آیا به راستی صرف شناسایی واقعیت تعارض دائمی میان منافع فردی و مصالح جمعی، کافی است؟ پاسخ، آشکارا منفی است. ضرورت جستجوی یک ادبیات سازگار جدید میان حقوق و آزادی‌های فردی و منافع و مصالح جمعی، امروزه از چنان اهمیتی برخوردار شده که به یکی از مهم‌ترین چالش‌های اندیشه سیاسی و حقوقی تبدیل شده، به گونه‌ای که بسیاری ادعا کرده‌اند برای حفظ سنت دموکراسی آزادی‌خواه، باید میان مصلحت عمومی و حقوق بشر،

۱. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ن.ک: محمد راسخ، «نظریه حق»، کتاب مجموعه مقالات حقوق بشر در جهان معاصر، انتشارات کمیسیون حقوق بشر اسلامی، صص؛ ۴۱۶-۳۸۳، ۱۳۸۸؛ محمد راسخ، مهناز بیات کمیتکی، «مفهوم مصلحت عمومی» (۱۳۹۰) شماره ۵۶، مجله تحقیقات حقوقی، صص؛ ۱۲۱-۹۳؛ محمد راسخ، و مهناز بیات کمیتکی، «حق و مصلحت در ترازوی عدالت» (۱۳۹۱) شماره ۸، مجله تحقیقات حقوقی، صص؛ ۴۲۶-۳۸۵ و نیز مهناز بیات کمیتکی، «مطالعه نظری نسبت حقوق فردی و منافع جمعی» (۱۳۹۰)، رساله دکتری حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، صص ۳۴۲-۵۲.

۲. مارتین لاگالین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه محمد راسخ (تهران: نشر نی، ۱۳۸۸) ص؛ ۲۱.

صلح و آشتی برقرار نمود.^۱ این موضوع که چگونه می‌توان به بهترین وجهی، حقوق فردی و خیر عمومی را بدون انکار یکی از آنها، تضمین کرد، همواره در مرکز اقدامات و تلاش‌های نظام‌های دموکراتیک قرار داشته و پالایش فلسفی و تحلیل نو به نوبه آن‌ها را موجب شده است.^۲ هم‌نشین ساختن ادعاهای فردی و منافع جمعی در چارچوب نظام‌های دموکراتیک، وظیفه عمده قوانین اساسی، مجالس قانونگذاری و دادگاه‌ها قلمداد شده و اختیار نهایی قضاوت میان منافع شخصی افراد و ضروریات عمومی جامعه به یک دستگاه قضایی مستقل واگذار شده است.^۳ با این همه، نظام‌های فکری گوناگون، شیوه‌های یکسانی را برای حل تعارضات موجود میان حقوق و آزادی‌های بنیادین شهروندان و منافع و مصالح جامعه طراحی و ارائه نکرده و ضمن اتخاذ مواضعی بیش‌و کم متفاوت درباره نسبت میان حق و مصلحت، راهکارهای نظری گوناگونی را برای مدیریت تعارض مزبور ارائه نموده‌اند.

برخی از نظام‌های فکری و فلسفی، با اولویت‌بخشیدن به فرد صاحب حق و مقدم‌دانستن آن نسبت به جامعه، نظریه حاکمیت حق را مطرح نموده و اولویت رتبی را از آن حق‌ها دانسته‌اند. ایده اصلی در نظریه مذکور، آن است که حقوق فردی را باید به مثابه دلیل حاکم یا مرجع عملی در نظر گرفت که متولیان اداره امور عمومی را مکلف می‌سازد به هنگام تصمیم‌گیری درباره تعارض حق و مصلحت، حق‌ها را نسبت به منافع عمومی، واجد ارزش و اهمیت بیشتر قلمداد کرده و بر منافع جمعی اولویت بخشند.^۴ در مقابل، برخی دیگر از نظریه‌پردازان، از آبخشورهای فکری گوناگون، به دفاع هنجاری از ایده تقدم مصلحت پرداخته و ملاحظات مربوط به منافع عمومی جامعه را سزاوار توجه بیشتری قلمداد نموده‌اند.^۵ در میان طرفداران نظریه تقدم مصلحت، برخی متفکرین از نقطه عزیمتی بیش و کم متفاوت به دفاع از اولویت مصالح عمومی نسبت به حقوق و آزادی‌های فردی مبادرت نموده و ادعا کرده‌اند که به‌ویژه پس از وقوع حوادث یازده سپتامبر، ما در درون «یک

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

2. D.Luban, and R.Goldstone, "The Tension between Combating Terrorism and Protecting Civil Liberties" (2005), Ibid, pp. 245-249

3. M.Freeman, *Human Rights: An Interdisciplinary Approach* (Cambridge: Polity Press, 2002) p. 37.

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

۵. مدافعان نظریه مصلحت حکومت و جماعت‌گرایان را می‌توان در زمره دیگر قائلین به اندیشه تقدم مصلحت عمومی قلمداد نمود. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ن.ک: مهناز بیات کیمیتکی، همان، صص ۶۶-۲۴۷ و نیز سیدمحمد قاری سیدفاطمی و مهدی بالوی، «دولت مدرن حق بنیاد» (۱۳۹۰) شماره ۷، مجله تحقیقات حقوقی، صص ۲۵۳-۵۷.

وضعیت اضطراری ادامه‌دار»^۱ قرار گرفته‌ایم که به واسطه ماهیت تهدیدات فوق تروریستی^۲ نمی‌توانیم پایانی برای آن متصور باشیم.^۳ به‌طور مختصر، آنچه قبلاً به‌عنوان وضعیتی استثنائی-یک دوره بحران‌های بی‌سابقه که اقداماتی استثنائی و موقت را ایجاب می‌نمود- قلمداد می‌شد، امروزه به وضعیت عادی بدل شده است. بر همین مبنا، اکنون ادعا می‌شود که ما با «عادی سازی وضعیت اضطراری»^۴ مواجه بوده^۵ و در «عصر ترور»^۶ زندگی می‌کنیم، بنابراین باید در پذیرش دگرگونی قواعد و ساختارهای از پیش موجود و اعطای قدرت بیشتر به دولت برای محدودسازی حق‌ها بی‌پروا بوده^۷ و بر تقدم رتبی منافع عمومی نسبت به حقوق و آزادی‌های فردی صحه بگذاریم.^۸

در این نوشتار تلاش خواهد شد تا پس از معرفی اندیشه اضطرارگرایی، به روشنی نشان داده شود که چگونه اندیشه مذکور برای فراهم‌نمودن چارچوب نظری جهت توجیه قدرت دولتی افزایش یافته، به ورطه «نمادگرایی صرف» در غلطیده و به جای تمرکز بر پیامدهای واقعی بر نتایج نمادین تکیه می‌کند. به‌علاوه خواهیم کوشید تا پس از بررسی مغالطه‌های مفهومی و منطقی و مشکلات کارکردگرایانه اندیشه اضطرارگرایی، نظریه تعادل را به مثابه نظریه‌ای سازگار و همگرا در خصوص نسبت حق و مصلحت معرفی نموده، مزیت‌های آن را نسبت به نظریه‌های تقدم‌گرا از جمله اندیشه اضطرارگرایی آشکارا نشان دهیم.

۱. اندیشه اضطرارگرایی^۹

در این قسمت از نوشتار حاضر ابتدا به تحلیل مفهومی و تبیین محتوای کلی دکترین اضطرارگرایی پرداخته، سپس چالش‌های فراروی ایده مزبور را مورد بحث و ارزیابی قرار خواهیم داد.

1. A Continuing State of Exception.

۲. تهدید فوق‌تروریستی، این چنین توصیف می‌شود: تروریسمی که اهداف جهانی داشته، از ایدئولوژی آخرالزمانی برخوردارست، جنگ‌افزارهای پیشرفته را به کار می‌گیرد و مذاکره با آن غیر ممکن تلقی می‌شود. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ن.ک: M. Freeman, Ibid, pp. 37-38.

3. Agamben, G., *The State of Exception* (Chicago: Chicago University Press, 2005) pp: 37-40.

4. The Normalization of Emergency Conditions.

5. B. Ackerman, "The Emergency Constitution" (2004) Vol. 113, Yale Law Journal, pp. 1029-1043.

6. The Age of Terror.

7. O. Gross, "Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always be Constitutional?" (2003) Vol. 112, Yale Law Journal, p. 1011.

۸. از آنجایی که امنیت ملی یکی از مهم‌ترین مصادیق مصلحت عمومی است، بر همین مبنا تنش مجادله‌آمیز میان امنیت و حقوق بشر که چالش محوری ایده اضطرارگرایی است، ترجمان تعارض حقوق فردی و منافع جمعی قلمداد می‌شود.

9. The Exeptionalism.

۱-۱. تحلیل مفهومی

امروزه این ادعا که وقوع حوادث یازده سپتامبر ۲۰۰۱، حوزه‌ای از وضعیت اضطراری رو به رشد را ایجاد نموده که بازسازی‌های بنیادین سیاسی، حقوقی و اجتماعی را ایجاب می‌کند، پذیرش مقاومت‌ناپذیری به دست آورده است.^۱ حتی کسانی که انجام چنین اقداماتی را مورد تردید قرار می‌دهند، بر این واقعیت صحه می‌گذارند که در سایه حوادث یازده سپتامبر، این پذیرش کلی به وجود آمده که برخی تعدیلات در قلمرو آزادی‌های مدنی به جهت تأمین منافع عمومی گریزناپذیر است.^۲ با رواج فرضیات مربوط به عادی‌شدن وضعیت اضطراری، مباحث حاشیه‌ای گذشته، امروزه باورپذیر گشته، حال آنکه دیدگاه‌هایی که در گذشته با اقبال سیاسی گسترده‌ای روبه‌رو بود، اکنون «ساده‌لوحانه یا تاریخ‌مصرف گذشته» به نظر می‌رسد.^۳ در واقع، اکنون بحث «اضطرارگرایی» از چنان اهمیت و جدیتی برخوردار شده که بسیاری ادعا کرده‌اند، آزادی‌خواهان و سازمان‌های حقوق بشری هر دو باید ادعاهای مبتنی بر منحصربه‌فرد بودن شرایط اضطراری را کنار گذاشته و به شرایط جدید با تعدیل نهادها، عملکردها، رویه‌ها و قوانین پاسخ بگویند.^۴

اندیشه اضطرارگرایی، تنها بر دیدگاه‌های سیاستمداران نومحافظه‌کار آمریکایی همچون معاون رئیس جمهور پیشین آمریکا دیک چنی که ادعا نموده: «وضعیت اضطراری،» وضعیت عادی جدید است،^۵ مبتنا نیافته، بلکه اندیشه‌های رهبران جناح چپ اروپا را نیز که بر تغییر قواعد بازی در دنیای امروز تأکید می‌کنند، منعکس می‌نماید.^۶

1. L.Lazarus, and B. J.Goold, *Security and Human Rights: The Search for a Language of Reconciliation, Security and Human Rights*, (ed.) Liora Lazarus and Benjamin J. Goold, Oxford: (Oxford University Press, 2007) p. 2.

2. J.Waldron, «Security and Liberty: the Image of Balance» (2003) No. 2, Vol. 11, *Journal of Political Philosophy*, pp. 191-92.

3. O.Gross, «Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always be Constitutional?» (2003) Vol. 112, *Yale Law Journal*, pp. 1013-15.

4. L.Lazarus, and B. J. Goold, *Ibid*, p. 2.

5. Remarks to the Republican Governors Association, Washington, DC, 25 October 2001, Available at <http://www.whitehouse.gov/?vicepresident/?news-speeches/?speeches/?text/?vp2001/10/25.html>. Repeated in an Interview to the Television Programme 60 Minutes II, 14 November 2001, Available at <http://www.whitehouse.gov/?vicepresident/?news-speeches/?speeches/?vp2001/11/14.html>, Noted in L. Lazarus, and B. J. Goold, *Ibid*, p. 3.

6. See: UK Prime Minister's Press Conference, 5 August 2005, Available at <http://www.number10.gov.uk/?output/?Page8041.asp> 2006/10/14.html, Noted in *Ibid*. Prime Minister of UK Argued that: 'Rules of the Game have Changed'.

در چنین فضایی، تأکید مایکل ایگناتیف بر امنیت بیشتر در ازای آزادی کمتر،^۱ حمایت‌الن درشویتز از قانونی کردن شکنجه^۲ و تأکید بروس آکرمن بر بازداشت پیشگیرانه^۳ در مرکز مباحثاتی قرار دارند که اندیشه اضطرارگرایی را تئوریزه می‌کنند.

علی‌رغم مباحثات نظری موافقان و مخالفان اندیشه اضطرارگرایی، به نظر می‌رسد اندیشه مزبور اکنون در حال تغییر ساختارهای سیاسی و مباحث مربوط به حقوق اساسی است. این مسئله، چالشی جدی را در برابر فرضیات از پیش فرموله‌شده ایجاد نموده که در نتیجه آن، کسانی که ادعا می‌کنند نهادها و ساختارهای موجود برای مقابله با تهدیدات ناشی از وضعیت جدید کافی است،^۴ به تبعیت کورکورانه از مطلق‌گرایی، تمامیت‌خواهی و ایده‌آلیسم متهم می‌شوند.^۵ این در حالی است که از منظر بسیاری نظریه‌پردازان، عادی‌شدن وضعیت اضطراری در شرایط فعلی، ضرورت دگرگونی قواعد و ساختارهای از پیش موجود را نمایان ساخته و تقدم رتبی منافع جمعی بر حقوق و آزادی‌های فردی را توجیه می‌نماید. به باور این دسته از نویسندگان: «موسم سخن گفتن از وانهادن قانون اساسی در پشت سر، در حالی که دندان‌هایمان را به هم می‌ساییم و آنچه را باید در دوره خطرات شدید انجام داد، عملی می‌سازیم، فرارسیده است؛ موسم سخن گفتن از رهایی قانون اساسی از تحریفات ایجادشده به‌واسطه ضرورت محض، درحالی که خود را از خطرات ناشی از وفاداری بی حد و حصر به قانون اساسی رهایی می‌بخشیم».^۶

بدین ترتیب، مطابق با دیدگاه اضطرارگرایان، سیاستمداران و متولیان اداره امور عمومی باید نسبت به تغییر بسیاری از باورها و تفکرات رایج موجود در پرتو شرایط جدید دوره اضطراری بی‌پروا باشند. به اعتقاد میکائیل دُرف مردم از به‌کاربردن این ضرب‌المثل قدیمی که «بهتر است ده مرد گنهکار آزاد باشند، تا یک فرد بی‌گناه در زندان»، درجایی که آن ده مرد گنهکاری که

1. M. Ignatieff, *The Lesser Evil: Politics in an Age of Terror*, (Princeton: Princeton University Press, 2004), p. 43.

2. A. Dershowitz, *Tortured Reasoning*, Torture: A Collection, (ed.) S. Levinson, (Oxford: Oxford University Press, 2004), pp. 14-36.

3. B. Ackerman, "The Emergency Constitution", (2004) Vol. 113, Yale Law Journal, pp. 1029-1043.

4. See for Example: D. Luban, "Eight Fallacies about Liberty and Security" (2005) Human Rights in the War on Terror, Ibid, pp. 242-45, And Goldstone, R., The Tension between Combating Terrorism and Protecting Civil Liberties (2005), Ibid, p. 249.

5. O. Gross, Ibid, pp. 1015-16.

6. L.H. Tribe, And P.O. Gudridge, "The Anti-emergency Constitution" (2004) Vol. 113, Yale Law Journal, p. 1801.

قصدها را آزادسازی آنها را داریم، می‌توانند سلاح‌های بیولوژیک خطرناکی داشته باشند، کمی نگران و عصبی می‌شوند. بر طبق ایده اضطراب‌گرایی، این پیشنهاد ضمنی کاملاً منطقی به نظر می‌رسد که نسبت یک به ده باید در پرتو خسارات شدیدی که ده فرد گنهکار ممکن است ایجاد کنند، تعدیل شود.^۱

هرچند وقوع حوادث یازده سپتامبر ۲۰۰۱ در گسترش ادعاهای مبتنی بر عادی‌شدن وضعیت اضطرابی در شرایط فعلی تأثیر بسزایی داشته است، باوجود این باید خاطر نشان ساخت که از نظر برخی نویسندگان، رواج ایده اضطراب‌گرایی، ریشه‌های اجتماعی و سیاسی عمیق‌تری از فروپاشی برج‌های دوقلوی مرکز تجارت جهانی نیویورک دارد.^۲ به اعتقاد این عده، دو عامل به‌طور خاص، پذیرش اجتماعی ادعای اضطراب‌گرایی را موجب می‌شود. مورد اول، مجموعه عواملی است که به آنچه دیوید گارلند و دیگران در چارچوب قلمرو عدالت کیفری به آن به عنوان «ضرورت یک فرهنگ کنترل»^۳ اشاره می‌کنند،^۴ مربوط‌اند.^۵ طبق نظر این دسته از نویسندگان، دولت‌های مدرن جدید، به‌طور فزاینده‌ای به واسطه گرایش‌شان نسبت به «حفاظت عمومی»،^۶ «محدودسازی خطر»^۷ و «مدیریت ریسک»^۸ شناخته می‌شوند. اموری که همگی به-به‌نوبه خود از درک وجود ناامنی اجتماعی و بهره‌برداری از آن نشأت گرفته‌اند.^۹

در خلال سال‌های پایانی دهه ۱۹۸۰ و در سرتاسر دهه ۱۹۹۰، زمانی که دولت‌ها توجه خود را از امحای جرم-که آن را مشکلی غیرقابل حل یافتند- به مدیریت و محدودسازی آن معطوف نمودند، گفتمان نوینی درباره نقش دولت شکل گرفت. به‌جای آنکه دولت‌ها خود را مسئول اصلی توجه به مسئله جرم قلمداد کنند، بر ایجاد احساس ایمنی و امنیت بیشتر برای مردم تمرکز نمودند، درحالی‌که همچنین ادعا می‌کردند که مسئولیت تأمین چنان امنیتی باید میان دولت و نهادها و سازمان‌های خارج از حوزه دولت تقسیم شود. در چارچوب این گفتمان، ترس از جرم و

1. Waldron, J., Ibid, pp. 203-4.

2. L.Lazarus, and B. J. Goold, Ibid, p, 4.

3. A Culture of Control.

4. D.Garland, *The Culture of Control*, (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 33.

5. See Also: J. Simon, "Entitlement to Cruelty: Neo-liberalism and the Punitive Mentality in the United States" (2001) *Crime, Risk, and Justice: The Politics of Crime Control in Liberal Democracies*, (eds.) K Stenson and R Sullivan, Portland: Willan Publishing, pp. 125-43.

6. Public Protection.

7. Containment of Danger.

8. Management of Risk.

9. D.Garland, Ibid.

مسائل ناشی از عدم امنیت در مرکز توجه سیاستمداران و صاحب نظران قرار گرفت، به گونه‌ای که پیگیری امنیت - واژه‌ای که اغلب توسط سیاستمداران مورد استفاده قرار گرفته، اما به ندرت تعریف شده است - به عنوان «یک هدف اجتماعی برتر» قلمداد شد تا جایی که این تغییر با صرف نظر نمودن تدریجی دولت از مسئولیت اولیه مربوط به مسائل عمومی مهمی نظیر بهداشت، حمل و نقل و آموزش مقارن شد، به ایجاد یک مفهوم نئولیبرال جدید از حکومت یاری رساند. بر اساس این مفهوم نوین، دیگر دولت، یگانه ارائه کننده خدمات عمومی یا تضمین کننده حقوق اجتماعی پذیرفته شده نیست، بلکه دولت بازیگری است در میان بازیگران بسیار.^۱

اینکه آیا این تغییرات، محصول آگاهی دولت از ناتوانی خود در حل مسئله جرم و دیگر امراض اجتماعی بوده یا ثمره گریزناپذیر تغییرات گسترده تر در حاکمیت که خود به واسطه فشارهای مدرنیته اخیر ایجاد شده، مسئله‌ای قابل بحث است. صرف نظر از دلایل موجود در ورای این تغییر، حرکت به سمت توزیع مسئولیت مربوط به مشکلات اجتماعی، سیاستمداران را از پاسخ گویی به بسیاری از نقایص دولت مدرن رها کرده است. با وجود این، در همان زمان پذیرش این واقعیت که علی‌رغم اولویت سیاسی امنیت، دولت دیگر نمی‌تواند فراهم آورنده اصلی آن باشد، مشروعیت دولت را به طور جدی مورد تهدید قرار داده است.^۲ در این فضای سیاسی نئولیبرال پیچیده و پارادوکسیکال است که باید عکس العمل‌های سیاسی غربی به حملات یازده سپتامبر را بررسی کرد. در کشورهایی همانند ایالات متحده و انگلستان، تهدیدات فوق تروریستی، ظرفیت دولت برای تأمین امنیت شهروندان را محدود ساخته، اما در عین حال تهدیدات مزبور، فرصتی جدید را برای این دولت‌ها فراهم نموده تا مباحث سخنورانه قوی و تازه‌ای را به نفع قدرت دولتی افزایش یافته در جهت تأمین منافع عمومی مطرح سازند.^۳

بر این مبنای، به نظر می‌رسد شهرت اندیشه اضطراب گرایی، محصول تغییر و تحولی اجتماعی است که به واسطه آن، مشروعیت دولت‌های مدرن به نحو فزاینده‌ای، به نقش آنان به عنوان تضمین کنندگان امنیت و نیز سیاست‌های امنیتی آن‌ها وابسته شده است. این سیاست‌ها در صدد کاهش احساس ناامنی و ترس رایج در جامعه و نیز بهره‌برداری از این احساس است. عامل دیگری که به عقیده پاره‌ای از متفکران، به حمایت آشکار از کارآمدی اندیشه اضطراب گرایی یاری می‌رساند، به آنچه برخی آن را «سیاست شکاکیت نسبت به حقوق»^۴ نامیده‌اند،

1. Ibid, pp. 33-35.

2. Ibid, pp. 36-37.

3. L.Lazarus, and B. J. Goold, Ibid, p, 5.

4. Politics of Rights Skepticism.

مربوط است.^۱ هم‌زمان با پیدایش نظام‌مند گفتمان حقوق بشر از سال ۱۹۴۵ و رواج آن پس از جنگ سرد، نوعی شک‌گرایی فلسفی نسبت به بنیادهای اخلاقی ادعاهای حقوق بشری و نیز چالشی سیاسی بر سر تضمین این ادعاها توسط قانون اساسی و حمایت قضایی از آنها وجود داشته است.^۲ اگرچه حقوق بشر، سنگ محک آرمان دموکراسی است، مناقشات بسیاری در مورد اینکه این حقوق چگونه باید اعمال شود، تحت چه شرایط نهادینی باید پیگیری شود و کدام‌یک از حق‌های مزبور باید به حد کافی بنیادین شناخته شود تا در برابر خواست اکثریت، غالب شود، وجود داشته است.^۳ به باور عده‌ای از نظریه‌پردازان، مباحث حق شکاکی، محصول انتقادات تجربه‌مداران عمل‌گرا، پست‌مدرنیست‌ها و مجافظه‌کاران به ادعاهای آرمان‌گرایانه عصر روشنگری است^۴ و نیز حاصل انتقادات جماعت‌گرایان نسبت به فردگرایی خودپرستانه و قانون‌مداری ذره‌گرایانه‌ای است که حق‌ها در چارچوب آن طرح و حمایت می‌شوند.^۵

این آمیزه پیچیده از انتقادات فلسفی، سیاسی و عمل‌گرایانه نسبت به حقوق بشر، شکافی را در درون گفتمان حق پدید آورده که آن را نسبت به گفتمان اضطراب‌گرای رقیب، آسیب‌پذیر ساخته است. بدین ترتیب، اندیشه اضطراب‌گرایی، امروزه بستر قدرتمندی را ایجاد نموده که به واسطه آن، مطالبه امنیت به‌طور فزاینده‌ای به مثابه یک ابزار نمادین برای توسعه قدرت دولت و توجیه تقدم رتبی آن بر حقوق و آزادی‌های فردی مورد استفاده قرار گرفته است.^۶

این طریق توجه به امنیت را می‌توان به بهترین وجهی به مثابه کدی برای یک سری دغدغه‌های متفاوت تلقی کرد. بخشی از این دغدغه‌ها را می‌توان در آنچه ایان لودر از آن به عنوان «بیزاری عمومی نسبت به حقوق فردی در چارچوب فرهنگ‌های خاص»^۷ (خصوصاً فرهنگ انگلیسی) یاد کرده، جستجو نمود.^۸

1. M. Freeman, *Ibid*, p. 33.

2. C. Douzinas, *The End of Human Rights*, (Oxford: Hart Publishing, 2000), p. 202 and T. Campbell, K.D. Ewing, and A. Tomkins, *Skeptical Essays on Human Rights*, (Oxford: Oxford University Press, 2001) p. 45.

3. L. Lazarus, and B. J. Goold, *Ibid*, p. 6.

4. C. Gearty, *Can Human Rights Survive*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2006) p. 45.

5. A. Macintyre, "On Democratic Theory" (1976) Vol. VI, *Canadian Journal of Philosophy*, p. 181. See also: Ch. Taylor, *Philosophy and Human Sciences*, Philosophical Paper 2 (New York: Cambridge University Press, 1985) p. 188

6. L. Lazarus, and B. J. Goold, *Ibid*, p. 7.

7. The General Distaste for Rights within Certain Cultures.

8. Noted in *Ibid*, pp. 9-10.

به گمان لودر یکی از راهبردهای کلیدی که جاذبه‌ای گسترده را برای ایده تقدم امنیت یا به تعبیر کلی‌تر، اولویت مصلحت فراهم می‌آورد، توسل به این دغدغه سیاسی است که حق‌ها، ارزش‌های جمعی را با تأکید بر تمایز میان افراد از یک‌سو و جوامعشان از سوی دیگر، تضعیف نموده و کم‌رنگ می‌سازند. این در حالی است که اندیشه اضطراب‌گرایی با یک توجیه ظاهراً غیرقابل‌انکار به نام تأمین امنیت ملی و تضمین مصلحت جمعی، مفاهیم سنتی هویت مبتنی بر استنباطات فردی از پیشرفت شخصی را تحت تأثیر قرار داده و بر هویت گروهی تأکید می‌نماید.^۱

همانند لودر، بنجامین گولد، پیامدهای سیاسی و اجتماعی پذیرش گسترده اندیشه اضطراب‌گرایی را مورد بررسی قرار داده است. به باور وی، توسعه گستره اختیارات دولتی که از اندیشه اضطراب‌گرایی نشأت می‌گیرد، تغییرات جامعه‌شناختی متنوع در حال انجامی را تقویت می‌کند که موجب می‌شوند تا حوزه عمومی به نحو فزاینده‌ای، حریم خصوصی افراد را تحت الشعاع قرار داده و مداخله در اعمال حقوق و آزادی‌های فردی به نام پیگیری امنیت و تأمین مصلحت موجه و مشروع قلمداد شده و مورد تأیید قرار گیرند.^۲

۲-۱. چالش‌های فراروی

علی‌رغم رواج اندیشه اضطراب‌گرایی و تأثیرات بسیار گسترده آن بر سیاستگذاری‌ها و خطی‌مشی‌های کلان‌دولت‌های آمریکایی و اروپایی، اندیشه مزبور با چالش‌هایی جدی مواجه بوده و از کاستی‌های بسیار رنج می‌برد. ذیلاً پاره‌ای از مهم‌ترین ایرادات وارد بر اندیشه اضطراب‌گرایی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

الف. نمادگرایی و اثرات ناخواسته

از نظر بسیاری، اندیشه اضطراب‌گرایی در تلاش برای فراهم‌نمودن چارچوب نظری جهت توجیه قدرت دولتی افزایش یافته، به ورطه «نمادگرایی صرف»^۳ در غلطیده و به جای تمرکز بر پیامدهای واقعی بر نتایج نمادین تکیه می‌کند. این در حالی است که کاملاً ساده‌لوحانه به نظر می‌رسد که فرض شود قدرت افزایش یافته، تنها در جهت مبارزه با تروریسم به کار برده خواهد شد. باید این احتمال را نیز مورد توجه قرار داد که کاهش آزادی‌ها ممکن است حتی آن هنگام که امنیت افراد را در برابر تهدیدات تروریستی افزایش می‌دهد، امنیت آن‌ها را در برابر دولت

1. Ibid, p. 9.

2. Ibid, p. 10.

3. Pure Symbolism.

کاهش دهد. همچنین هیچ دلیلی وجود ندارد که فرض شود اعطای قدرت بیشتر به دولت، لزوماً آن را در انجام وظایف دشوار مبارزه با تروریسم، کارآمدتر خواهد کرد. این در حالی است که چه بسا افزایش اختیارات مزبور، دولت را برای انجام اعمال وحشیانه نسبت به مخالفان آسیب‌پذیر خود تواناتر سازد. به باور این عده از نویسندگان، کاهش حقوق و آزادی‌های فردی به‌ویژه حقوق رویه‌ای مظنونین به ارتکاب حملات تروریستی در واکنش به حوادث یازده سپتامبر، ممکن است ما را حداقل برای خودمان وحشی‌تر و ظالم‌تر جلوه دهد.^۱

بنابراین زمانی که تروریست‌ها اعمال وحشیانه‌ای را به انجام می‌رسانند و افراد بسیاری قربانی حملات سبعانه آن‌ها می‌شوند، مردم برافروخته شده و از دولت‌هایشان می‌خواهند تا خون‌خواهی نموده و ضربات سختی بر تروریست‌ها وارد آورد؛ کاری بسیار بسیار خشونت‌آمیز مانند بمباران افغانستان یا چیزی شدید و طاقت‌فرسا مانند برپایی بازداشتگاه‌های هولناک یا انواع جدیدی از محاکم. در این شرایط مردم کمتر به مؤثر بودن این اقدامات توجه نموده و بیشتر به این مسئله تمایل نشان می‌دهند که چیزی چشمگیر و غیرمعمول در حال انجام است. با آنکه آرامش روحی‌ای که مردم از این مسئله به دست می‌آورند، نوعی منفعت نتیجه‌گرایانه است که از کاهش آزادی مظنونین به حملات تروریستی حاصل شده، اما اینکه آیا منفعت مزبور، از آن قسم منافی است که باید اخلاقی به شمار آورد، پرسش دیگری است.^۲

اندیشه اضطراب‌گرایی که به باور برخی از متفکرین به‌عنوان «یک جایگزین پیامد‌گرای سختگیرانه»^۳ برای «اخلاق‌گرایی زاهدانه نرم نظریه‌پردازان حق»^۴ در نظر گرفته شده، خود در مواجهه با پرسش‌های دشوار پیامد‌گرایانه درباره اثرات واقعی افزایش قدرت دولت، متزلزل خواهد شد. به باور برخی از منتقدین نظریه مزبور، اضطراب‌گرایی در نهایت به نماد‌گرایی محض در رابطه با تهدیداتی که مدعی رفع آن‌هاست و نیز تهاجمات مرگ‌بار نسبت به آزادی و عدالت در حوزه داخلی منتهی خواهد شد. بنابراین از این منظر، بیشتر فشارهای دولتی برای تحدید آزادی‌ها، در سطح نماد‌گرایی قابل توضیح خواهد بود.^۵ هشدار رابرت نوزیک در این ارتباط بسیار آموزنده است: «پرسش این است که آیا «قیود جنبی»^۶ مطلق‌اند^۷ یا اینکه می‌توان آن‌ها را به‌منظور اجتناب

1. J. Waldron, Ibid, pp. 203-5.

2. Ibid, p. 209.

3. A Hard-Headed Consequentialist Alternative.

4. Soft Pious Moralism of Theorists of Right.

5. Ibid, p. 210.

6. Side Constraints.

۷. رابرت نوزیک در اثر ارزنده خود آثارشی، دولت و آرمان‌شهر، علیه دیدگاه دولت مداخله‌جو که اموال را به نام عدالت عدالت بازتوزیع می‌کند، استدلال می‌نماید. وی در عوض از نظریه دولت حداقلی «شب‌گرد» دفاع نموده و چنین ادعا

از هراس‌های اخلاقی فاجعه‌آمیز نقض نمود و اگر مورد دوم صادق است، چه ساختاری منتج از آن، شبیه ساختاری است که من امیدوارم به نحو گسترده‌ای از آن اجتناب شود؟^۱

هرچند ممکن است طرفداران اندیشه اضطراب‌گرایی ادعا کنند که در عصر حاضر به دلیل عادی شدن شرایط اضطرابی، قطعاً آن وحشت اخلاقی فاجعه‌آمیزی که رابرت نوزیک مورد اشاره قرار داده، به نحو دقیق ایجاد شده است، باید توجه نمود که مسئله اساسی، وقوع یک وحشت فاجعه‌آمیز نیست، بلکه مسئله این است که آیا محدود ساختن حق‌ها، وسیله عملی اجتناب از چنین وحشت فاجعه‌آمیزی است یا خیر؟ بدین ترتیب وقوع چنان وحشتی تنها یک دلیل محدود نمودن آزادی‌های فردی است. دلیل اساسی‌تر دیگر این است که آیا تحدید حقوق و آزادی‌های فردی در چشم‌اندازی که ما از آن می‌هراسیم، «واقعاً» تغییری ایجاد خواهد کرد؟^۲

در این میان برخی از نظریه‌پردازان توجه خود را به آنچه جو دیت شکلر «لیبرالیسم هراس»^۳ نامیده،^۴ معطوف نموده و ادعا کرده‌اند که تعهد به حقوق و آزادی‌های فردی در بخشی، زائیده لیبرالیسم هراس است. به اعتقاد این عده از نویسندگان اگرچه حوادث یازده سپتامبر ترس ما را از بدترین اتفاقاتی که می‌توانست توسط افراد و گروه‌هایی غیر از دولت رخ دهد، به میزان قابل توجهی افزایش داد و گسترش دامنه تنها ترسی را که لیبرال‌ها به‌طور سنتی از دولت داشته‌اند کاهش نمی‌دهد، بلکه می‌تواند آن را افزایش دهد.^۵

به باور جو دیت شکلر «لیبرالیسم هراس» تا حد زیادی به فلسفه سیاسی جان لاک مدیون است.^۶ این ادعا تا حدودی درست به نظر می‌رسد زیرا لاک بر این باور بود که در توجیه دولت‌های بسیار نامحدود نمی‌توان بر این امتیاز فرضی تأکید کرد که دولت‌های مزبور می‌توانند امنیت و ایمنی بیشتری را برای ما فراهم سازند، چرا که از نظر لاک «این درست مانند آن است

می‌کند که اخذ اموال از کسی که به‌حق مالک آن است، عادلانه نیست. نوزیک، تحلیل خود را چنین خلاصه می‌کند: حق طبیعی، نقش «قید جنبی» را بر عمل ایفا می‌کند. ن. ک.؛ برایان بیکس، فرهنگ نظریه حقوقی، ترجمه و پیشگفتار: محمد راسخ (تهران: نشر نی، ۱۳۸۹) ص: ۳۶۴.

1. R.Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, (Oxford: Blackwell, 1974), p. 30.

2. J.Waldron, (2003), *Ibid*, p. 198.

۳. مقصود شکلر از لیبرالیسم هراس، تعهد به حقوق و آزادی‌های فردی یا آزادی‌خواهی به دلیل هراس از قدرت لجام گسیخته دولتی است.

4. J.Shklar, "The Liberalism of Fear" (1989) *Liberalism and the Moral Life*, (ed.) Nancy L. Rosenblum, Cambridge: Mass: Harvard University Press, p. 26.

5. J.Waldron, *Ibid*, p. 205.

6. J.Shklar, *Ibid*, p. 30.

که ما انسان‌ها را آن قدر نادان فرض کنیم که برای گریز از آسیب‌گره‌های وحشی و روباه‌ها با خرسندی تمام خود را طعمه شیران کنند.^۱

بدین ترتیب می‌توان به درستی ادعا کرد که چنانچه ما به خودمان اجازه دهیم که به پذیرش ادعاهای مبنی بر عادی بودن شرایط اضطرابی و لوازم منطقی آن اغوا شویم، آن‌گاه نمی‌توانیم پیش‌بینی کنیم که اجازه انجام چه چیزهای دیگری را به خود خواهیم داد. یک نمونه بسیار روشن از خطرات مربوط به کنترل‌ناپذیر بودن اختیاراتی که قبلاً از دولت گرفته شده و اینک باید مطابق با اندیشه اضطراب‌گرایی به دولت واگذار شود، کاربرد شکنجه است. به موجب اندیشه اضطراب‌گرایی، آنچه ما در زمان حاضر جهت مبارزه با تروریسم بدان نیازمندیم، کسب اطلاعات است؛ این مسئله که چه کسی در حال انجام چه چیزی است. از نظر مدافعان اندیشه اضطراب‌گرایی، شکنجه یک شیوه مؤثر کسب اطلاعات است. حامیان این ایده بر فرضیاتی تکیه می‌کنند که سناریوهایی را در بردارند که عدم تناسب فاحش میان رنج وارده توسط یک شکنجه‌گر بر فرد مورد بازجویی و رنج برطرف شده به واسطه کاربرد مقطعی اطلاعات اخذشده از وی را نشان می‌دهند. یک رنج کوچک مانند رنج ناشی از الکترودهای برق در برابر نجات جان پانصد هزار انسان از آتش‌سوزی‌های هسته‌ای.^۲ امروزه این فرضیات، کمتر، غیرواقعی به نظر می‌رسند.

در همین زمینه، الن درشویتز به طرح این پرسش می‌پردازد که: «اگر مأموران اعمال قانون، تروریست‌هایی را که در حال سوارشدن به هواپیما بودند، دستگیر کرده و فهمیده بودند که هواپیماهای دیگری در حال پرواز به سوی ساختمان‌های واجد سکنه نامعلوم‌اند تا آن‌ها را منهدم سازند، آیا آن‌ها مجاز بودند تا تروریست‌هایی را که بازداشت نموده بودند، شکنجه کنند، صرفاً تا حدی که اطلاعاتی را کسب نمایند که امکان تخلیه ساختمان‌های هدف‌گیری شده را فراهم می‌ساخت؟ چگونه کسی می‌تواند به کاربرد شکنجه در مواردی مانند این، اعتراض کند؟»^۳

پاسخ این پرسش را می‌توان در اثر ارزنده هنری شو درباره شکنجه جستجو نمود: «به نظر می‌رسد نمی‌توان هیچ راهی را یافت تا موجه بودن کاربرد شکنجه در مواردی مثل این را انکار نماید.»^۴ با این همه از نظر والدرون، «موارد اندکی، قطعیت فرمول‌بندی آموزگار مکتب درشویتز با

1. J. Locke, *Two Treatises of Government* (ed.) Peter Laslett, (Cambridge: Cambridge University Press, 1988) p. 123.

2. A. Dershowitz, *Shouting Fire: Civil Liberties in a Turbulent Age* (New York: Little, Brown, 2002) p. 477.

3. Ibid, p, 478.

4. H. Shue, "Torture" (1978) Vol. 7, *Philosophy and Public Affairs*, p. 141.

دقت کامل فرضیه این فیلسوف را دارا هستند.^۱ دربارهٔ پیش‌زمینه‌هایی که باید فراهم شوند، اندکی بیندیشیم: «شکنجه در ایستگاه پلیس شهرهای کوچک در ایالت‌ها و توسط تبهکارانی که به‌طور مرتب قرص مصرف می‌کنند، اجرا نمی‌شود. نخست‌وزیر و رئیس دیوان عالی کشور در جریان قرار گرفته‌اند و یک کشیش و یک پزشک در صحنه حضور دارند. متهم مورد تجاوز قرار نخواهد گرفت و به خوردن مدفوع مجبور نشده و در اثر حمله قلبی بیهوش نخواهد شد و مشاعرش را قبل از سخن گفتن از دست نخواهد داد. درعین‌حال که از ورود آسیب‌های جبران‌ناپذیر به وی خودداری می‌شود، درد، ضدعفونی شده تنها تا نقطه‌ای که اطلاعات موردنیاز فاش شود، با دقت افزایش می‌یابد. آن‌گاه دکتر فوراً یک آنتی‌بیوتیک و یک آرام‌بخش به فرد مورد بازجویی تزریق خواهد کرد...»^۲ آنچه بیش از همه مهم است، آن است که چنان پیش‌زمینه‌هایی هرگز فراهم نخواهند شد. همان‌طور که هنری شو می‌نویسد: «مدارک قابل‌توجهی درباره کنترل‌ناپذیر بودن انواع شکنجه وجود دارد. در صد سال اخیر به‌خوبی نشان داده شده شکنجه چیزی نیست که بتوان آن را تحت کنترل منطقی درآورد».^۳ آنچه جو دیت شکلار، لیرالسم هراس می‌نامد، پاسخی است به این واقعیت که اگر ما به خود اجازه دهیم اقتضائات ناگزیر اندیشه اضطرارگرایی را بپذیریم، معلوم نخواهد بود اجازه پذیرش چه چیزهای دیگری را به خود خواهیم داد.^۴ بنابراین باید تأکید نمود که ما نباید از حقوق و آزادی‌های فردی خویش یا از حقوق و آزادی‌های هر کس دیگر به‌خاطر منافع سمبولیک صرف در جنگ با تروریسم دست بکشیم.

ب. مشکلات مربوط به توزیع

بخشی دیگر از انتقاداتی که از سوی برخی متفکرین و نظریه‌پردازان در خصوص اندیشه اضطرارگرایی مطرح شده، مشکلات و کاستی‌های توزیعی این ایده است. ادعا آن است که حل تعارض و تنش احتمالی میان اقتضائات مربوط به تأمین حقوق فردی و الزامات ناشی از تضمین منافع ملی در چارچوب اندیشه اضطرارگرایی، در درون یک دستگاه محاسباتی سودانگار بدون بازی‌دادن مفاهیم عدالت و توزیع صورت خواهد گرفت.^۵

1. J. Waldron: Ibid, p. 207.

2. H. Shue, Ibid, p. 142.

3. Ibid, p. 143.

4. J. Shklar, Ibid, p. 27.

5. S. Tsakyrakis, "Proportionality: An Assault on Human Rights?" (2009) Vol. 7, International Journal of Constitutional Law, pp. 781-82.

به اعتقاد این دسته از منتقدان، اگرچه می‌توان از تضمین امنیت ملی و تأمین مصالح عالی کشور از طریق تحدید حقوق و آزادی‌های فردی به نحوی گمراه‌کننده و تحریک‌آمیز سخن گفت، نباید این واقعیت را از نظر دور داشت که کاهش واقعی حقوق فردی می‌تواند برخی از اعضای جامعه را بیش از برخی دیگر تحت تأثیر قرار دهد.^۱ برای توضیح این موضوع، جرمی والدرون به کاهش حمایت‌های رویه‌ای قانونی توسط ایالات متحده آمریکا پس از وقوع حوادث یازده سپتامبر ۲۰۰۱ اشاره می‌کند.^۲

دولت آمریکا پس از فروپاشیدن برج‌های دوقلوهای مرکز تجارت جهانی که در نتیجه آن، هزاران نفر جان خود را از دست دادند، به نحو چشمگیری، حمایت‌های رویه‌ای را که در قوانین این کشور برای دفاع از حقوق متهمین مقرر شده بود، کاهش داد. از آنجایی که حملات مزبور توسط اعضای یک گروه خارجی صورت گرفته بود، ماده ۲۱۴ قانون وطن‌پرستی آمریکا، مقررات مربوط به شنود را به گونه‌ای اصلاح نمود که به‌موجب آن، هریک از افراد مقیم در آمریکا که همانند عاملان حملات تروریستی یازده سپتامبر تکلم می‌نمود، لباس می‌پوشید و زندگی می‌کرد، می‌توانست در معرض شک بیشتر قرار گرفته و تمامی مکالمات وی مورد شنود قرار گیرد.

تغییرات صورت گرفته در قوانین ایالات متحده پس از یازده سپتامبر، بیشتر، اشخاصی را که تصور می‌شد، اطلاعاتی درباره حملات تروریستی قبلی یا آتی دارند، هدف قرار می‌داد و این افراد کسانی نبودند، جز بخش کوچکی از جامعه آمریکا که به لحاظ شیوه زندگی، مشابهت‌هایی با عاملان حوادث تروریستی یازده سپتامبر داشتند.^۳

دورکین نیز این مطلب را به شیوه دیگری مورد تأکید قرار داده و می‌نویسد: «هیچ یک از سیاست‌ها و برنامه‌های اجرایی، بیش از تعداد اندکی از شهروندان آمریکا را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد. تقریباً هیچ یک از ما به‌طور نامحدود برای انجام تخلفات کوچک و بی‌اهمیت زندانی نمی‌شویم. خانه هیچ یک از ما بدون اطلاع قبلی بازرسی نمی‌شود، هیچ یک از ما خود را در معرض محاکمات نظامی به دلیل اتهامات شدیدی که مجازات اعدام را در پی دارند، نمی‌بینیم. بیشتر ما تقریباً هیچ چیزی از آزادی فردیمان را فدا نمی‌کنیم، هنگامی که چنین اقداماتی علیه کسانی به کار می‌روند که رئیس‌جمهور، مظنون به تروریست بودن آن‌هاست».^۴

1. Ibid, p. 783.

2. J. Waldron, Ibid, pp. 199-200.

3. Ibid, pp. 200-201.

4. R. Dworkin, *Principle, Policy, Procedure, A Matter of Principle* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985), p. 87.

بر این اساس، جرمی والدرون مدعی می‌شود که «در دستگاه محاسباتی سودانگاران، ایده اضطراب‌گرایی، سیاست‌های مربوط به تأمین و تضمین منافع ملی، بدون بازی دادن مفاهیم عدالت و توزیع تعیین و اجرا می‌شوند».^۱

۲. نظریه تعادل بمتابۀ تز همگرایی

پس از بررسی کاستی‌های اندیشه اضطراب‌گرایی اکنون پرسش آن است که اگر مقدم دانستن پیشینی منافع جمعی نسبت به حقوق و آزادی‌های فردی به دلیل و بر مبنای عادی‌شدن وضعیت اضطرابی و لزوم محدودسازی حق‌ها به خاطر جنگ با تروریسم، راهکار منطقی و قابل‌پذیرشی نیست، به هنگام بروز تنش و تعارض میان این حقوق و آن منافع چه باید کرد؟ پاسخ این پرسش در نظریه تعادل^۲ نهفته است.^۳

به موجب این نظریه، همواره ضروری است که حق‌های فردی را در برابر منافع جمعی متوازن سازیم؛ به این معنا که میان حق افراد در انجام آنچه می‌خواهند و نیاز به حفظ کیان جامعه در برابر صدمات احتمالی ناشی از اعمال حقوق فردی، تعادل و توازن برقرار نماییم.^۴ حقوق فردی شهروندان نمی‌تواند در هیچ شرایطی، وسیع و بی‌حدومرز قلمداد شود، چرا که قطعاً هیچ‌کس با هرج‌ومرج موافق نیست.^۵ همچنین باید توجه کرد که قیدنهادن بر برخی حق‌های فردی به منظور تضمین منافع جمعی باید با احتیاط کامل صورت گیرد. باید به اندازه بیمناکی از تهدیدات ناشی از اقدامات افراد برای منافع جامعه، از قدرت روبه‌گسترش دولت نیز هراسان بود زیرا همان‌گونه که جرمی والدرون به‌درستی متذکر شده، «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».^۶ کارل پوپر نیز نظر مشابهی را در این خصوص ارائه می‌کند. وی می‌گوید: «زیاده‌روی در اعمال قدرت، منجر به فقدان آزادی می‌شود. اما درعین حال چیزی به نام زیاده‌روی در برخورداری از آزادی نیز

1. J.Waldron, Ibid, p. 201.

2. The Theory of Balance.

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

4. Richard H. Fallon, "Further Reflections on Rights and Interests: A Reply" (1993) Vol. 27, Georgia Law Review, p. 343.

5. J.Waldron, Ibid, p. 192.

6. Ibid, p. 193.

وجود دارد. همان طور که قدرت می‌تواند مورد سوءاستفاده قرار گیرد، از آزادی نیز می‌توان سوءاستفاده کرد. به‌عنوان مثال، می‌توان آزادی بیان یا آزادی مطبوعات را با نشر اکاذیب و تحریک به طغیان مورد سوءاستفاده قرار داد. درست به همین صورت، قدرت حکومت می‌تواند هر نوع محدودیت آزادی را مورد سوءاستفاده قرار دهد. بنابراین، ما به آزادی نیازمندیم تا بتوانیم از سوءاستفاده حکومت از قدرت جلوگیری کنیم و به حکومت نیاز داریم تا از سوءاستفاده از آزادی جلوگیری به عمل آوریم.^۱

بنابراین باید میان ادعاهای فردی و مطالبات جمعی، تعادل و توازن برقرار نمود. باین‌همه باید توجه داشت که تعادل و توازن، فرآیندی ایستا و ثابت نبوده بلکه پویا، متحول و منعطف است.^۲ از این رو برخی نویسندگان، مزیت اصلی نظریه تعادل را در مقایسه با سایر شیوه‌های حل تعارض، انعطاف‌پذیری^۳ و حساسیت بالای آن نسبت به سیاق^۴ و زمینه بحث دانسته‌اند.^۵ در این قسمت از نوشتار حاضر، تلاش خواهد شد تا با تبیین محتوای کلی نظریه تعادل به معرفی نظریه مذکور پرداخته و در پایان، آزمون‌های سه‌گانه نظریه مزبور مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت.

همان‌گونه که تی‌آل‌کساندر الینیکاف در مقاله کلاسیک خود پیرامون تعادل توضیح می‌دهد، ادبیات تعادل، به آن دسته از نظریه‌هایی اشاره دارد که به دنبال شناسایی، ارزش‌گذاری و مقایسه منافع متعارض هستند.^۶

اندیشه تعادل که امروزه به‌صورت صریح یا ضمنی در قوانین اساسی بسیاری از کشورهای دنیا بروز و ظهور یافته،^۷ به باور بسیاری از نویسندگان، روش صحیح داوری درباره تعارض

۱. کارل پوپر، درس این قرن (مصاحبه با جیانکارلو بوزتی)، ترجمه علی پایا (تهران: طرح نو، ۱۳۷۶) ص: ۱۲۲.

2. T. A. Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balance" (1987) Vol. 96, Yale Law Journal, p. 145.

3. Flexibility.

4. High Sensitivity to Context.

5. V. C. Jackson, "Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on Proportionality, Rights and Federalism" (1998) Vol. 1, University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, p. 583.

6. T. A. Aleinikoff, Ibid, pp. 943-60.

7. For The Most Prominent Examples, See: The German Basic Law (See: D. P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, (Chicago: University of Chicago Press, 1994) pp. 180-89 And 307-10, Section 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, Section 36 of the Constitution of South Africa, And various provisions of the European Convention on Human Rights (See: G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, (Oxford: Oxford University Press, 2007) pp. 101-05

حقوق فردی و منافع جمعی را عرضه می‌کند؛^۱ 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.^۲

از این میان، دادگاه اروپایی حقوق بشر نیز به طور مداوم به برقراری تعادل میان حق‌ها و منافع عمومی پرداخته و از آن هم به‌عنوان «شیوه تفسیر»^۳ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین و هم «متد داوری»^۴ درباره تعارض حق و مصلحت یاد می‌کند. همان‌گونه که رئیس سابق دیوان اروپایی، رولو ریسیدال متذکر شد، «آنچه از بطن کنوانسیون و رویه قضایی مربوط بدان بیرون می‌آید، ضرورت برقراری تعادل میان منافع عمومی جامعه و حقوق بنیادین افراد است. از این رو به نظر می‌رسد که جستجوی توازن منصفانه میان اقتضائات منافع جمعی و الزامات حقوق فردی، جزء ذاتی و لاینفک کنوانسیون به مثابه یک کل است».^۵ 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.^۶

ریچارد اچ فالن از نظریه تعادل 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.^۷ 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

1. J.Rivers, "Proportionality and Variable Intensity of Review" (2006) Vol. 65, Cambridge Law Journal, pp. 174-80.

2. J.Mathews, A. S. Sweet, "All Things in Portion? American Rights Review and the Problem of Balancing" (2011) Vol. 60, Emory Law Journal, pp. 797-98.

3. A Method of Interpretation.

4. A Method of Adjudication.

5. R.Ryssdal, "Opinion: The Coming Age of the European Convention on Human Rights" (1996) Vol. 18, European Human Rights Law Review, p. 26.

۶. مهدی بالوی، «دولت مدرن و حقوق بشر با تأکید بر نظام جمهوری اسلامی ایران» (۱۳۹۰) رساله دکتری حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، صص ۹۹-۱۰۰.

7. S.Gardbaum, "Limiting Constitutional Rights" (2007) Vol. 54, UCLA Law Review, p. 800.

سازد.^۱ فالن ادعا می‌کند که «تنها راه برای توضیح این مطلب آن است که فرض کنیم هم سیاست‌های دولت و هم حقوق فردی در خدمت منافی هستند و اینکه منافع مورد حمایت توسط دولت در برابر منافع مبتنی بر یک تضمین قانون اساسی، سنجیده و ارزیابی می‌شوند».^۲

مشابه این دیدگاه را قاضی فرانکفورتر در منازعه مشهورش با قاضی بلک (قضات دیوان عالی آمریکا) در خصوص اصلاحیه اول قانون اساسی آمریکا پیرامون آزادی سخنرانی مطرح نموده است، آنجا که با شور و حرارت تمام، ایده تعادل را مورد حمایت قرار داده و اظهار می‌دارد: «مطالبات مربوط به سخنرانی آزادانه در یک جامعه دموکراتیک همانند منافع مربوط به امنیت ملی و نظم عمومی، از طریق سنجش منصفانه و آگاهانه منافع متعارض، بهتر و بیشتر برآورده می‌شوند تا از طریق اعلام اصول جزمی بسیار نامنعطف برای حل مسائل غیر اقلیدسی».^۳

در سیاق اروپا، رابرت الکسی، مشهورترین مدافع نظریه تعادل است. وی بر این مدعا است که هم حقوق فردی و هم منافع جمعی می‌توانند موضوع اصولی باشند که آن اصول، «الزامات به حداکثرسانی»^۴ هستند.^۵ اصول مذکور، مبین آن‌اند که منافع مورد حمایت باید با توجه به امکانات قانونی و عملی تا بیشترین حد امکان تأمین و تضمین شود. 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 شود. وی بیان می‌دارد که در این شرایط ما ملزم هستیم تصمیم بگیریم که کدام یک از اصول با توجه به واقعیات موجود، از وزن و اهمیت بیشتری برخوردارند.^۶

الکسی نظریه تعادل در معنای مضیق آن را به‌عنوان «مقایسه میان «درجه یا شدت مداخله در یک حق»^۷ و «اهمیت تحقق ملاحظه متعارض»^۸ تلقی می‌کند».^۹ وی این موضوع را «قانون تعادل»^{۱۰} نامیده و بیان می‌دارد: «هر چقدر اهمیت برآوردن یک اصل بیشتر باشد، میزان محدودساختن اصل

1. R. H. Fallon, "Individual Rights and the Powers of Government" (1993) Vol. 27, Georgia Law Review, p. 360.

2. Ibid, p. 362.

3. Dennis v. United States, 1951, No. 341 U.S. 494, pp. 524-25. Noted in: S. Tsakyrakis, Ibid, p. 470.

4. Optimization Requirements.

5. Alexy, R., *A Theory of Constitutional Rights*, (ed.) Julia Rivers (New York: Oxford University Press, 2002) pp. 50-51, 62.

6. Ibid, pp. 47-51.

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

8. The Importance of Satisfying the Competing Consideration.

9. Ibid, p. 102.

10. The Law of Balancing.

دیگر بیشتر خواهد بود.^۱ بنابراین بر مبنای دیدگاه الکسی، محدودیت بیشتر و شدیدتر، مستلزم وجود دلیل مهم تر و با وزن بیشتر برای محدودسازی خواهد بود.

استفان گاردبام نیز در میان همین خطوط استدلال نموده و خاطرنشان می‌سازد که «نظریه تعادل، متضمن فداکردن حق‌ها، به جهت دلایل سودانگاران عادی نیست زیرا در نظریه، تنها آن دسته از اهداف سیاست عمومی که منفعت واقعی تمام اعضای جامعه را در برداشته و به قدر کافی الزام آور و مجاب‌کننده‌اند می‌توانند کفه ترازوی تعادل را به نفع منافع عمومی سنگین تر کنند».^۲

گاردبام می‌نویسد: «در نظریه تعادل هرگز تصور نشده که برای مثال یک منفعت اقتصادی ناچیز که مربوط به بخشی کوچک از جامعه است، یا اجتناب از یک ضرر غیرقطعی و احتمالی، «یک مصلحت عمومی عینی»^۳ است که می‌تواند قاعدتاً حق بر آزادی بیان را نقض نماید. قسمی از منافع کاملاً عمومی و قطعی که دارای یک عنصر ذاتاً کیفی‌اند می‌توانند تعدیل در حوزه حقوق و آزادی‌های فردی را ایجاد کنند. عنصر کیفی مزبور در فرآیند تعادل، عبارت است از اینکه، هدف باید «عمومی»^۴، «عینی»^۵، «فوری»^۶ و «الزام‌آور»^۷ باشد».^۸ در همین ارتباط، گاردبام خاطرنشان می‌سازد که «نظریه تعادل، به‌درستی حمایت فوق‌العاده‌ای را در اختیار حق‌ها در مقایسه با منافع کوچک‌تر قرار داده و مسئولیت سنگین تری را برای توجیه نقض حق‌ها بر دوش دولت می‌گذارد».^۹

جولیا ریور نیز همین مطلب را به شیوه دیگری مطرح نموده و تأکید می‌کند: «نقش دادگاه اجراکننده نظریه تعادل این است که «نظارتی کارکردمحور»^{۱۰} را بر تضمین اینکه هیچ هزینه

1. Ibid, p. 105.

2. S.Gardbaum, Ibid, p. 825. See also: Kumm, M., "Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice" (2004) Vol. 2, International Journal of Constitutional Law, pp. 574, 591-92.

3. An Objective Public Interest.

4. Public.

5. Objective.

6. Pressing.

7. Compelling.

8. S.Gardbaum, Ibid, pp. 825-26.

9. Ibid, p. 827. For Similar Views, See: Ph.Sales, And B.Hooper, "Proportionality and the Form of Law" (2003) Vol. 119, Law Quarterly Review, p. 426; A.Bharak, "Proportionality and Principled Balancing" (2010) Vol. 4, Law & Ethics of Human Right, p. 2; R.Alexy, "The Construction of Constitutional Rights" Ibid, p. 20; S. Gardbaum, A Democratic Defense of Constitutional Balancing", Ibid, p. 78; Rivers, J., Ibid, p. 174; M.Kumm, "Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement" (2007), Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy, (ed.) George Pavlakos, Oxford: Hart Publishing, p. 131.

10. An Efficiency-based Oversight.

جولیا ریور نیز همین مطلب را به شیوه دیگری مطرح نموده و تأکید می‌کند: «نقش دادگاه اجراکننده نظریه تعادل این است که «نظارتی کارکردمحور»^۱ را بر تضمین اینکه هیچ هزینه غیرضروری بر حق‌ها وارد نشده، اعمال نماید؛ اینکه پتک‌ها برای شکستن فندق‌ها به کار نرفته و اینکه پتک‌ها صرفاً زمانی برای شکستن فندق‌ها مورد استفاده قرار خواهند گرفت که فندق‌شکن‌ها از شکستن فندق عاجز باشند».^۲

ریچارد ای پوزنر نیز در خلال دفاع از نظریه عمل‌گرایی خود در باره قضاوت، نکته مشابهی را مطرح می‌نماید. وی با بیان اینکه قضاوت عمل‌گرایانه، مستلزم بررسی دقیق و آگاهانه پیامدهاست و نه تجزیه و تحلیل کوتاه‌بینانه و سطحی نتایج، اذعان می‌دارد که «قضات باید با پیروی از نظریه تعادل، در هنگام تصمیم‌گیری بر پیامدهای عملی قضاوت خود تمرکز کنند».^۳

اگرچه اندیشه تعادل به شیوه‌های متفاوتی از سوی نظریه‌پردازان مختلف تبیین و تشریح شده و به طرق گوناگون در نظام‌های حقوق اساسی کشورهای مختلف صورت‌بندی شده است،^۴ همان‌طور که دیوید لا بیان داشته، همچنان مشابهت‌های زیادی میان این صورت‌بندی‌های متفاوت وجود دارد. لا، این مطلب را چنین تشریح می‌کند: «هرچند مفهوم تعادل، به دادگاه‌ها اجازه می‌دهد تا به شیوه‌های گوناگون، دیدگاه‌های خویش را صورت‌بندی کنند، مفهوم مزبور، به نحو هماهنگی به مثابه اصطلاحی پوشش‌دهنده^۵ (حمایتی) پدیدار شده و متضمن شناسایی و سنجش منافع متعارض مرتبط و تعیین میزانی است که تعارض به‌واسطه انتخاب دقیق‌ترین مهم‌ترین منفعت به حداقل می‌رسد».^۶

این نوشتار بر مشهورترین صورت‌بندی نظریه تعادل (حداقل در دنیای انگلیس زبان)^۷ تمرکز نموده و آزمون‌های سه‌گانه آن را بر همین مبنا تبیین و تشریح می‌نماید.

1. An Efficiency-based Oversight.

2. J.Rivers, Ibid, pp. 177-82.

3. R. A. Posner, *Law, Pragmatism and Democracy* (Cambridge: Harvard University Press, 2003), p. 63.

۴. برای آشنایی با صورت‌بندی‌های متفاوت ایده تعادل در سه کشور ایالات متحده آمریکا، کانادا و استرالیا، ن.ک: S.Evans, and A.Stone, "Balancing and Proportionality: A Distinctive Ethic?" (2007), 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 ن.ک: D.Grimm, "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence" (2007) Vol. 57, Toronto University Law Journal, pp. 383- 389.

5. An Umbrella Term.

6. D.Law, "Generic Constitutional Law" (2005) Vol. 89, Minnesota Law Review, p. 652.

۷. برای آشنایی با تأثیر پرونده Oakes بر سیاق داوری درباره حق‌ها در خارج از کانادا، ن.ک:

۳. آزمون‌های سه‌گانه

در دعوی مهم R v Oaks^۱ دیوان عالی کانادا به پیروی از آزمون‌های تعادل سه مرحله‌ای توسعه یافته توسط دادگاه اروپایی حقوق بشر، یک متد سه مرحله‌ای را برای ارزیابی چالش‌های مطرح شده به موجب منشور کانادایی حقوق و آزادی‌ها به‌ویژه 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، به‌جز در مواردی که حقوق مزبور، به آن دسته از محدودیت‌های معقولی مقید شده باشد که به موجب قانون مقرر شده و در یک جامعه آزاد و دموکراتیک آشکارا قابل توجیه است».

قاضی دیکسون در جریان بررسی پرونده مهم R v Oaks اظهار داشت که یک محدودیت باید پیش از پشت سرگذاشتن آزمون‌های ماده ۱، دو شاخص اساسی را تأمین نمایند: اول، هدف باید به قدری مهم باشد که اجازه نقض یک حق یا آزادی مورد تضمین در منشور را بدهد.^۲ دوم، شیوه‌های گزینش شده باید «معقول»^۳ و «کاملاً قابل توجیه»^۴ باشند.^۵

قاضی دیکسون اذعان نمود که مورد اخیر، «شکلی از آزمون تعادل»^۶ را دربرمی‌گیرد. به‌طور مشخص، اول اینکه: اقدامات اتخاذ شده باید به نحو دقیق، طوری طراحی شده باشند که «هدف موردنظر را محقق نمایند». دوم: شیوه‌های مورد استفاده «باید تا آنجا که ممکن است، آسیب کمتری را به دارنده حق وارد سازند» و سوم: باید «میان اثرات و نتایج حاصل از اقدامات اتخاذ شده و اهمیت هدف موردنظر، تعادل وجود داشته باشد».^۷

دادگاه اروپایی حقوق بشر نیز در تفسیر الزامات کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین به ملاحظات مشابهی ارجاع می‌دهد.^۸

1. R v Oakes (1986), 1 SCR 103, (Dickson CJC for Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ).

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. ن.ک:

R v Big M Drug Mart Ltd (1985), 1 SCR 295, (Dickson CJC for Chouinard Beetz, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ), p. 352.

3. Reasonable.

4. Demonstrably Justified.

5. Ibid, pp. 138-39.

6. A Form of Proportionality Test.

7. Ibid.

8. W. Van Gerven, Ibid, pp. 37-44.

دادگاه مزبور، به کرات در آرای خود اعلام نموده که مداخله در اعمال یکی از حقوق مندرج در کنوانسیون باید «به موجب قانون»^۱ صورت گرفته، «هدفی مشروع»^۲ را تعقیب نموده و «در یک جامعه دموکراتیک، ضروری»^۳ به حساب آید. دادگاه این موضوع را چنین توضیح می‌دهد که اقدام مورد مناقشه باید در قانون داخلی کشور مقرر شده و در راستای تحقق یکی از اهداف مشروع مندرج در مواد مختلف کنوانسیون (شامل حفظ نظم عمومی، امنیت ملی، رفاه همگانی و...) صورت پذیرد. دادگاه همچنین خاطر نشان می‌سازد که مداخله در اعمال یک حق باید در پاسخ به «یک نیاز اجتماعی مبرم»^۴ صورت پذیرفته و «به نحو عینی، قابل توجیه»^۵ باشد. افزون بر موارد پیش گفته، دادگاه اروپایی بر این مورد تأکید می‌کند که اقدامات صورت گرفته باید با هدف مشروع مورد پیگیری «متناسب»^۶ باشند. به دیگر سخن دولت باید اثبات کند که میان حق مورد بحث و مصلحت عمومی مورد مناقشه، «توازن منصفانه‌ای»^۷ برقرار نموده است. بدین ترتیب، دادگاه به کرات اعلام می‌دارد مداخله در اعمال یک حق، در صورتی موجه و مشروع بوده و به نحو عینی قابل توجیه است که هدفی مشروع را دنبال نموده، جهت نیل به آن هدف در یک جامعه دموکراتیک، ضروری قلمداد شده و میان شیوه‌های تحدیدی به کاررفته و اهداف مشروع مورد پیگیری، «رابطه تناسبی معقولی»^۸ برقرار باشد. در همین راستا، دادگاه اذعان نموده که «ماهیت»^۹ و «شدت»^{۱۰} مداخله، فاکتورهایی هستند که باید به هنگام ارزیابی متناسب بودن یا نبودن مداخله صورت گرفته مورد بررسی و ارزیابی قرار گیرند.^{۱۱}

1. Prescribed by Law.

2. Legitimate Aim.

3. Necessary in a Democratic Society.

4. A Pressing Social Need.

5. Objectively Justifiable.

6. Proportional.

7. A Fair Balance.

8. A Reasonable Relationship of Proportionality.

9. Nature.

10. Severity.

11. See From Many Cases: Airey v. Ireland, Judgment of 9 October 1979, Series A, No. 32, pp. 19-20, Alajos Kiss v. Hungary, no. 38832/06, ECHR 2010, p. 32, Amuur v. France, Judgment of 25 June 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-III, pp. 21-23, Angelini v. Sweden (dec.), No 1041/83, 51 DR 1983, p. 41, Arrowsmith v. the United Kingdom, Commission's report of 12 October 1978, No. 7050/75, Decisions and Reports [DR] 19, pp. 61-62, Arslan v. Turkey, Judgment of 8 July 1999, Series A, No. 23462/94, p. 31, Autronicag v. Switzerland, Judgment 22 May 1990, Series A, No. 12726/87, pp. 7-8, Balkandali v. the United Kingdom, Judgment 23 July 1968, Series A, No. 94, pp. 17-21, Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, Judgment of 28 May 1985, Series A, No. 94, p. 33, Fayed v. the United Kingdom, Judgment of 21 September 1994, Series A, No. 294-B, pp. 49-50, Folgerø and Others v. Norway, Judgment of 29 June 2007, Series A, No. 15472/02, p. 14, Goodwin v. the United Kingdom, Judgment of 27 March 1996, Reports 1996-II, pp. 50-51, Kiyutin v. Russia,

در ارزیابی این موضوع که آیا اقدامات نقض کننده حق، با هدف مشروع مورد پیگیری متناسب بوده یا خیر، دادگاه اروپایی حقوق بشر پاره‌ای از عوامل را مورد بررسی قرار می‌دهد. به طور معمول، دادگاه به طرح این پرسش‌ها می‌پردازد که آیا اقدام صورت گرفته، قطعاً، هدف مورد نظر دولت را محقق می‌سازد؟ آیا شیوه‌های کمتر محدود کننده‌ای برای تحقق آن هدف وجود ندارد؟ و اینکه آیا هزینه وارده بر دارنده حق، با منافع جمعی حاصله متناسب هست یا خیر؟ این سه جنبه از نظریه بالانس، تحت عناوین آزمون مناسبت،^۱ آزمون ضرورت^۲ و آزمون تناسب^۳ (در معنای مضیق) نام گذاری شده و شناخته می‌شوند.

بدین ترتیب می‌توان چنین نتیجه گرفت که نظریه تعادل به همراه آزمون‌های سه گانه 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 فرو کاسته و با یکدیگر مقایسه نمود. استعاره تعادل در برابر، این ایده را منعکس می‌کند که می‌توان «یک قضاوت هنجاری»^۴ را درباره اهمیت نسبی اصول و ارزش‌های متعارض انجام داد.^۵

مطابق این استعاره، افراد منطقی، در یک کفه ترازو، ملاحظاتی را به نفع یک طرز رفتار و در کفه دیگر، ملاحظاتی را بر ضد آن قرار می‌دهند. آن‌ها ملاحظات مذکور را با یکدیگر مقایسه نموده و به نفع قوی‌ترین ملاحظات تصمیم‌گیری می‌نمایند. در این معنا، تعادل، روش بنیادین استدلال، به ویژه استدلال عملی^۶ است. بنابراین از آنجایی که هر گزینش یا انتخابی که ما انجام می‌دهیم، در تعارض دائمی با جایگزین مخالف خود است (چیزی شبیه به این ایده هگلی که هر تزی، در مواجهه با یک آنتی تزی قرار می‌گیرد) لذا بالانس «دلایل له و علیه»^۷ یک انتخاب، شیوه حل تعارض بی طرفانه و عقلانی‌ای به نظر می‌رسد.^۸ بدین ترتیب، ویژگی کلیدی نظریه تعادل، آن است که این نظریه، تعارضات موجود میان حقوق فردی و منافع

1. The Suitability Test.

2. The Necessity Test.

3. The Proportionality Test.

4. A Normative Judgment.

5. S.Evans, and A.Stone, Ibid, p. 4.

۶. اصطلاح مزبور، در فلسفه، اغلب با استدلال نظری مقایسه می‌شود. برخی نظریه پردازان، این اصطلاح را در معنای موسع یا عامیانه آن، نزدیک به معنای «فهم متعارف» به کار می‌برند. ن.ک: بیکس، برایان، همان، ص؛ ۷۵.

7. The Pros and the Cons.

8. J.Rivers, p. 75.

عمومی را با اتکا به شیوه اول از استدلال عملی حل نموده^۱ و در سطح «دلایل مرتبه اول»^۲ عمل می‌کند.^۳

بر مبنای این رویکرد، دادگاه‌ها باید «وزن و اهمیت متعارف» هر یک از دلایل را تعیین نموده و تعارض را به نفع دلیل قوی‌تر حل کنند. این ویژگی نظریه تعادل بر این فرض استوار شده 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 شاخص اندازه‌گیری‌ای 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. به دیگر سخن، نظریه تعادل، بر این ایده متکی است که وضعیتی مشابه یا طبق نظر آمارتیا سن و برنارد ویلیامز، «برخی وجوه مشترک»^۴ میان حقوق فردی و منافع جمعی وجود دارند که بر مبنای آن‌ها، این منافع متعارض با یکدیگر سنجیده می‌شوند.^۵

بدین ترتیب، بنا به نظر الکسی، هزینه وارد بر یک حق در برابر منفعت حاصل از محدودیت آن، در درون یک دستگاه محاسباتی واحد مورد سنجش و ارزیابی قرار می‌گیرد.^۶ فالن نیز

۱. برقراری تفکیک و تمایز میان دو قسم یا دو نوع از استدلال عملی از ابتکارات جوزف رز است. قسم اول از استدلال عملی آن گونه که رز توضیح می‌دهد، متضمن تعقیب آن چیزی است که باید در فرایند سنجش و توازن دلایل انجام گیرد. این یک واقعیت از زندگی روزمره ماست که دلایل ما برای انجام یک عمل یا اقدام به کاری، غالباً متعارض واقع می‌شوند. هنگامی که من تصمیم می‌گیرم که کاری را انجام بدهم یا از انجام آن خودداری نمایم - برای مثال رفتن یا نرفتن به سینما - تمامی انواع دلایلی که با این موضوع مرتبط می‌شوند، برخی به نفع رفتن به سینما و برخی علیه آن مدنظر قرار می‌گیرند. این دلایل ممکن است که از اخلاق، منفعت‌جویی شخصی یا منابع دیگری سرچشمه گرفته باشند. ما می‌توانیم تمامی این قسم دلایل را، «دلایل مرتبه اول» بنامیم. به‌طور معمول، ما به‌واسطه ارزیابی قدرت و قوت تمامی دلایل مرتبه اول و انجام اموری که توسط قوی‌ترین دلایل حمایت می‌شوند، عمل می‌نماییم.

به هر روی، آن گونه که رز خاطر نشان می‌سازد، گاهی مردم، شیوه متفاوتی از استدلال عملی را به کار می‌گیرند که متضمن تصمیم‌گیری درباره انجام آن چیزی است که باید بر مبنای دلایل مرتبه دوم تعیین شود. رز، مثال سربازی را مطرح می‌کند که به او دستور داده شده تا کاری را انجام دهد که بر مبنای سنجش و توازن دلایل، قابل توجیه نمی‌داند. رز استدلال می‌کند که سرباز ممکن است دستور صادره را به‌مثابه «دلیل حذفی یا طردکننده» قلمداد نموده و بر اساس آن، تصمیم خود بر مبنای توازن دلایل را کنار بگذارد. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ن. ک:

J.Raz, *Practical Reason and Norms* (Oxford: Clarendon Press, 1999) p. 37-39.

2. *First Order Reasons*.

3. D.Meyerson, p. 807.

4. Some Homogenous Magnitude.

5. A.Sen, and B.Williams, *Introduction, Utilitarianism and Beyond* (New York: Cambridge University Press, 1982) p. 18.

6. R.Alexy, "The Weight Formula", Trans. Bartosz Brożek and Stanley L. Paulson (2007) Vol. 3, *Studies in the Philosophy of Law*, p. 21.

دیدگاه مشابهی را اتخاذ نموده و اذعان می‌دارد که حقوق افراد و مصالح جمعی بر روی یک پلان واحد به رقابت پرداخته و بر مبنای یک سری مشابه از مقیاس‌ها سنجیده می‌شوند. بنا به نظر فالن، «منفعت بودن»^۱ وجه مشترکی است که این امکان را فراهم می‌سازد که حقوق افراد در برابر منافع جامعه سنجیده و متوازن شود.^۲

باید توجه نمود که ادعای فالن به‌هیچ روی این نیست که حقوق و آزادی‌های فردی و منافع و مصالح جمعی از ماهیتی یکسان برخوردار بوده و قابل فروکاستن به یکدیگرند بلکه ادعا آن است که حق و مصلحت را می‌توان به‌رغم دارابودن ماهیتی خاص و متمایز، به دلیل برخوردارگی از برخی وجوه مشترک از جمله منفعت‌بودن با یکدیگر مقایسه نموده و متوازن کرد.

شاید بهتر باشد برای پرهیز از فروغلطیدن در ورطه ایراداتی که به منفعت‌قلمداد کردن برخی حقوق فردی از سوی پاره‌ای از نویسندگان وارد شده،^۳ وجه مشترک حقوق فردی و منافع جمعی را «ادعای هنجاری» بودن آن‌ها قلمداد کنیم. بدین معنا باید 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، هریک 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 درمقابل، مصلحت به حوزه و قلمرو نتایج (یا به تعبیر دورکین سیاست) متعلق است.

به هر روی، ایده محوری نظریه تعادل، امکان همگرانمودن منافع فردی و ملاحظات جمعی تا بیشترین حد امکان از طریق توجه عادلانه به تمامی منافع در خطر است. به همین دلیل در این نوشتار، ایده تعادل را به‌مثابه تز همگرایی قلمداد نموده‌ایم. شاید بتوان این ایده محوری نظریه تعادل را مشابه رویکرد خاص روسکو پاند به قانون تلقی کرد. به عقیده پاند، «از نظر کارکرد، قانون تلاشی است در جهت انطباق، هماهنگی و مصالحه میان منافع مشترک یا متعارض از طریق تأمین فوری و مستقیم برخی از منافع. هدف این است تا منافی که بیشترین اهمیت را در تمدن ما دارند، با حداقل میزان قربانی نمودن دیگر منافع، تأمین و تضمین کنیم».^۴

1. Interest Being.

2. R. H. Fallon, *Ibid*, p. 489.

۳. برای مطالعه بیشتر در زمینه نظریه‌های مفهومی رقیب پیرامون ماهیت حق، ن. ک: سیدمحمد قاری سیدفاطمی، حقوق بشر در جهان معاصر، دفتر یکم، درآمدی بر مباحث نظری: مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع (تهران: شهر دانش، ۱۳۸۸) صص؛ ۳۳-۹. یکی از نویسندگان، تعریف حق به‌عنوان «ادعای فردی تضمین‌شده» را جامع نظریه‌های مفهومی رقیب درباره معنای حق قلمداد نموده و اظهار داشته است، اگرچه دو نظریه اراده‌انگار و نفع‌انگار در اینکه حق برای تضمین اراده صاحب حق یا نفع اوست، اختلاف نظر دارند، لیکن توصیفات و استدلال‌هایشان مؤید اتفاق نظر آن‌ها بر «ادعای تضمین‌شده بودن» حق است. ن. ک: راسخ، همان، صص؛ ۲۸۴-۸۵.

4. E. E. Nobleman, "Review of Roscoe Pound, *Treatise on Jurisprudence*" (1961) Vol. 10, *The American University Law Review*, p. 23.

نتیجه‌گیری

اگرچه شناسایی واقعیت تعارض میان اقتضائات تضمین حقوق فردی و الزامات تأمین منافع جمعی، مسئله‌ای مهم و اساسی است، صرف شناسایی این واقعیت کافی نبوده و باید در هر حال کاری مهم‌تر و اساسی‌تر انجام دهیم. ما باید بر این مسئله احاطه یافته و در گام بعد، شیوه‌های جدیدی برای تفکر درباره این تعارض و به حداقل رساندن اثرات منفی‌ای که یک تعهد مطلق به آزادی یا مصلحت می‌تواند به بار آورد، بیاییم و این کار را به گونه‌ای انجام دهیم که نه اهمیت مصلحت عمومی را نادیده انگاشته و نه مشروعیت حقوق و آزادی‌های فردی را تضعیف نماییم. بنابراین، برای پرهیز از فروغلطیدن در ورطه مغالطه‌های مفهومی و چالش‌های کارکردگرایانه، باید 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.

این در حالی است که مدافعان اندیشه اضطراب‌گرایی با عادی قلمداد کردن وضعیت اضطرابی، بر ضرورت دگرگونی قواعد و ساختارهای ازپیش‌موجود و اعطای قدرت بیشتر به دولت جهت محدودسازی حق‌ها اذعان نموده و بر این مبنا، تقدم رتبی منافع جمعی نسبت به حقوق و آزادی‌های فردی را به نحو پیشینی مورد تأیید قرار می‌دهند. نتیجه چنین رویکرد مطلق‌انگارانه‌ای، فروغلطیدن به ورطه «نمادگرایی صرف» و تمرکز بر نتایج نمادین به جای پیامدهای واقعی است.

درمقابل، نظریه تعادل، با نگاه توأمان به هنجار و واقعیت و با هدف به‌حداکثر رساندن تأمین و تضمین الزامات هر دو نهاد حق و مصلحت، مجموعه‌ای هماهنگ و منسجم از آزمون‌های نظری و کاربردی را طرح‌ریزی نموده و راه‌حل عقلانی رفع تعارض حقوق فردی و منافع جمعی را بدون اولویت‌بخشیدن پیشینی یکی بر دیگری عرضه می‌کند. بدین ترتیب، برخلاف نظریات تقدم‌گرا از جمله اندیشه اضطراب‌گرایی که با ایجاد نظام‌های ترتبی و سلسله‌مراتبی مطلق، به‌جای حل مسئله، صورت مسئله را پاک می‌کنند، نظریه تعادل در جستجوی یک ادبیات سازگاری جدید و معطوف به واقعیات، بر آن است تا در فرآیند دائمی تغییر و دگرگونی به نحو آگاهانه شرکت نموده و به‌سوی یک ساختار خوداصلاح و منعطف که دائماً فرصت‌هایی را برای برهم‌زدن نظامات ترتبی و سلسله‌مراتب ازپیش‌تعیین‌شده در زندگی جمعی فراهم می‌آورد، حرکت کند. در این راستا مدافعان نظریه تعادل با پردازش یک روش حل تعارض سه‌مرحله‌ای، مدیریت تنش‌های احتمالی میان حقوق فردی و مصالح جمعی را تابع شرایط و احوال خاص هر مورد نموده

و به جای تأکید بر کلیت، قطعیت و عمومیت، توجه خود را معطوف به بررسی مورد به مورد تمامی ملاحظات مرتبط می‌کنند.

منابع

الف) فارسی

- بالوی، مهدی، «دولت مدرن و حقوق بشر با تأکید بر نظام جمهوری اسلامی ایران» (۱۳۹۰)، رساله دکتری حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی.
- بیات کیمیتکی، مهناز، «مطالعه نظری نسبت حقوق فردی و منافع جمعی» (۱۳۹۰)، رساله دکتری حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی.
- بیکس، برایان، فرهنگ نظریه حقوقی، ترجمه و پیشگفتار: محمد راسخ (تهران: نشر نی، ۱۳۸۹).
- لاگلین، مارتین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه محمد راسخ (تهران: نشر نی، ۱۳۸۸).
- راسخ، محمد، «نظریه حق» (۱۳۸۸) مجموعه مقالات حقوق بشر در جهان معاصر، انتشارات کمیسیون حقوق بشر اسلامی.
- راسخ، محمد و مهناز بیات کیمیتکی، «مفهوم مصلحت عمومی» (۱۳۹۰) شماره ۵۶، مجله تحقیقات حقوقی.
- راسخ، محمد و مهناز بیات کیمیتکی، «حق و مصلحت در ترازوی عدالت» (۱۳۹۱) شماره ۸، مجله تحقیقات حقوقی.
- پوپر، کارل، درس این قرن (مصاحبه با جیانکارلو بوزتی)، ترجمه علی پایا (تهران: طرح نو، ۱۳۷۶).
- قاری سید فاطمی، سیدمحمد و مهدی بالوی، «دولت مدرن حق بنیاد» (۱۳۹۰) شماره ۷، مجله تحقیقات حقوقی.
- قاری سید فاطمی، سیدمحمد، حقوق بشر در جهان معاصر، دفتر یکم، درآمدی بر مباحث نظری: مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع (تهران: شهر دانش، ۱۳۸۸).

ب) انگلیسی

Books

- Agamben, G., *The State of Exception* (Chicago: Chicago University Press, 2005).
- Alexy, R., *A Theory of Constitutional Rights*, (ed.) Julia Rivers, (New York: Oxford University Press, 2002).

- Campbell, T., Ewing, K.D. and Tomkins, A., *Skeptical Essays on Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2001).
- Currie, D. P., *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (Chicago: University of Chicago Press, 1994).
- Dershowitz, A., *Shouting Fire: Civil Liberties in a Turbulent Age*, (New York: Little, Brown, 2002).
- Dershowitz, A., *Tortured Reasoning, Torture: A Collection*, (ed.) S Levinson, (Oxford: Oxford University Press, 2004).
- Douzinas, C., *The End of Human Rights* (Oxford: Hart Publishing, 2000).
- Freeman, M., *Human Rights: An Interdisciplinary Approach* (Cambridge: Polity Press, 2002).
- Dworkin, R., *Principle, Policy, Procedure, A Matter of Principle* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985).
- Garland, D., *The Culture of Control* (Oxford: Oxford University Press, 2001).
- Gearty, C., *Can Human Rights Survive* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006).
- Goldstone, R., *The Tension between Combating Terrorism and Protecting Civil Liberties*, Human Rights in the War on Terror, (ed.) Ashby Wilson (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).
- Ignatieff, M., *The Lesser Evil: Politics in an Age of Terror* (Princeton: Princeton University Press, 2004).
- Kumm, M., *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy, (ed.) George Pavlakos (Oxford: Hart Publishing, 2007).
- Lazarus, L., *Contrasting Prisoners' Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2004).
- Lazarus, L. and Goold, B. J., *Security and Human Rights: The Search for a Language of Reconciliation*, Security and Human Rights, (ed.) Liora Lazarus and Benjamin J. Goold (Oxford: Oxford University Press, 2007).
- Letsas, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2007).
- Locke, J., *Two Treaties of Government* (ed.) Peter Laslett (Cambridge: Cambridge University Press, 1988).

- Loughlin, M., *Rights, Democracy, and Law*, Skeptical Essays on Human Rights (Oxford: Oxford University Press, 2001).
- Luban, D., *Eight Fallacies about Liberty and Security*, Human Rights in the War on Terror, (ed.) Ashby Wilson (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).
- Luban, D. and Goldstone R., *The Tension between Combating Terrorism and Protecting Civil Liberties, Human Rights in the War on Terror* (ed.) Ashby Wilson (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).
- Nozick, R., *Anarchy, State and Utopia* (Oxford: Blackwell, 1974).
- Posner, R. A., *Law, Pragmatism and Democracy* (Cambridge: Harvard University Press, 2003).
- Raz, J., *Practical Reason and Norms* (Oxford: Clarendon Press, 1999).
- Sen, A. and Williams, B., *Introduction, Utilitarianism and Beyond* (New York: Cambridge University Press, 1982).
- Shklar, J., *The Liberalism of Fear, Liberalism and the Moral Life* (ed.) Nancy L. Rosenblum (Cambridge: Mass: Harvard University Press, 1989).
- Taylor, Ch., *Philosophy and Human Sciences, Philosophical Paper 2* (New York: Cambridge University Press, 1985).

Articles

- Ackerman, B., "The Emergency Constitution" (2004) Vol. 113, Yale Law Journal.
- Aleinikoff, T. A., "Constitutional Law in the Age of Balance" (1987) Vol. 96, Yale Law Journal.
- Alexy R., "The Weight Formula" (Trans.) Bartosz Brożek and Stanley L. Paulson, (2007) Vol. 3, Studies in the Philosophy of Law.
- Alexy, R., "The Construction of Constitutional Rights" (2010) Vol. 4, Law & Ethics of Human Rights.
- Bharak, A., "Proportionality and Principled Balancing" (2010) Vol. 4, Law & Ethics of Human Rights.
- Choudhry, S., "so what is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1" (2006) Vol. 34, Supreme Court Law Review.
- Evans, S. and Stone A., "Balancing and Proportionality: A Distinctive Ethic?" (2007) Draft for discussion at the VII World Congress of the International

Association of Constitutional Law, Athens, 11-15 June 2007, Available at: <http://www.ssrn.com>

- Fallon, R. H., "Individual Rights and the Powers of Government" (1993) Vol. 27, Georgia Law Review.
- Fallon, Richard H., "Further Reflections on Rights and Interests: A Reply" (1993) Vol. 27, Georgia Law Review.
- Gardbaum, S., "Limiting Constitutional Rights" (2007) Vol. 54, UCLA Law Review.
- Gardbaum, S., "A Democratic Defense of Constitutional Balancing" (2010) Vol. 4, Law & Ethics of Human Rights.
- Grimm, D., "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence" (2007) Vol. 57, Toronto University Law Journal.
- Gross, O., "Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always be Constitutional?" (2003) Vol. 112, Yale Law Journal.
- Kumm, M., "Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice" (2004) Vol. 2, International Journal of Constitutional Law.
- Law, D., "Generic Constitutional Law" (2005) Vol. 89, Minnesota Law Review.
- Macintyre, A., "On Democratic Theory" (1976) Vol. VI., Canadian Journal of Philosophy,
- Mathews, J., Sweet A. S., "All Things in Portion? American Rights Review and the Problem of Balancing" (2011) Vol. 60, Emory Law Journal.
- Meyerson, D., "Why Courts Should Not Balance Rights against the Public Interest" (2007) Vol. 31, Melbourne University Law Review.
- Nobleman, E. E., "Review of Roscoe Pound, Treatise on Jurisprudence" (1961) Vol. 10, The American University Law Review.
- Rivers, J., "Proportionality and Variable Intensity of Review" (2006) Vol. 65, Cambridge Law Journal.
- Ryssdal, R., "Opinion: The Coming Age of the European Convention on Human Rights" (1996) Vol. 18, European Human Rights Law Review.
- Sales, Ph. And Hooper, B., "Proportionality and the Form of Law" (2003) Vol. 119, Law Quarterly Review,.
- Shue, H., "Torture" (1978) Vol. 7, Philosophy and Public Affairs.
- Simon, J. "Entitlement to Cruelty: Neo-liberalism and the Punitive Mentality in the United States" (2001) Crime, Risk, and Justice: The Politics of Crime Control in Liberal Democracies, (eds.) K Stenson and R Sullivan, Portland: Willan Publishing.

- Teson, FR, "Liberal Security" (2005) Human Rights in the War on Terror, (ed.) Ashby Wilson, Cambridge: Cambridge University Press.
- Tribe, L.H. And Gudridge, P.O., "The Anti-emergency Constitution" (2004) Vol. 113, Yale Law Journal.
- Tsakyrakis, S., "Proportionality: An Assault on Human Rights?" (2009) Vol. 27, International Journal of Constitutional Law.
- Van Gerven, Walter, "The Effect of Proportionality on the Actions of Member State of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe" (1999) Principle of Proportionality in the Laws of Europe, (ed.) Evelyn Ellis, Oxford: Hart Publishing.
- Waldron, J., "Security and Liberty: the Image of Balance" (2003) Vol. 11, Journal of Political Philosophy, No. 2.
- Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, Judgment of 28 May 1985, Series A, No. 94.
- Airey v. Ireland, Judgment of 9 October 1979, Series A, No. 32.
- Alajos Kiss v. Hungary, no. 38832/06, ECHR 2010.
- Amuur v. France, Judgment of 25 June 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-III.
- Angelini v. Sweden (dec.), No 1041/83, 51 DR 1983.
- Arrowsmith v. the United Kingdom, Commission's report of 12 October 1978, No. 7050/75, Decisions and Reports [DR] 19.
- Arslan v. Turkey, Judgment of 8 July 1999, Series A, No. 23462/94.
- Autronicag v. Switzerland, Judgment 22 May 1990, Series A, No. 12726/87.
- Balkandali v. the United Kingdom, Judgment 23 July 1968, Series A, No. 94.
- Fayed v. the United Kingdom, Judgment of 21 September 1994, Series A, No. 294-B
- Folgerø and Others v. Norway, Judgment of 29 June 2007, Series A, No. 15472/02.
- Goodwin v. the United Kingdom, Judgment of 27 March 1996, Reports 1996-II.
- Kiyutin v. Russia, Judgment of 10 May 2011, Series A, No. 2700/10.
- Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, Judgment of 7 December 1976, Series A, Nos. 5095/71; 5920/72; 5926/72.
- Leyla Şahin v. Turkey, Judgment of 10 November 2005, series A, No. 44774/98.

- Murray v. The United Kingdom, Judgment of 28 October 1994, Series A, No 14310/88.
- Otto-Preminger-Institute v. Austria, judgment of 20 September 1994, Series A, No. 295-A.
- R v Big M Drug Mart Ltd (1985), 1 SCR 295.
- R v Oakes (1986), 1 SCR 103.
- Refah Party and Others v. Turkey, Judgment of 31 July 2001, Series A, Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98.
- Serif v. Greece, Judgment of 14 December 1999, Series A, No. 38178/97.
- Sürek and Others v. Turkey, Judgment 8 July of 1999, Series A, Nos. 23927/94 and 24277/94.
- The Former King of Greece and Others v. Greece, Judgment of 23 November 2000, Series A, No. 25701/94.
- Vogt v. Germany, Judgment of 26 September 1995, Series A, No. 17851/91.