

The Proportionality Standard in the Settlement of Investor-State Disputes

(Type of Paper: Research Article)

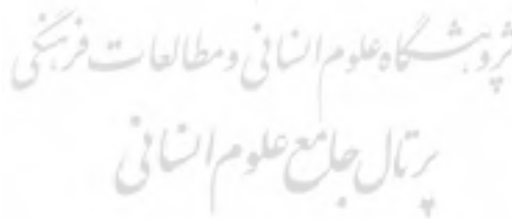
Amineh Farasatmand*

Abstract

In the early 1990s bilateral investment treaties with the purpose of development of foreign direct investment and protection of foreign investors increased dramatically. These treaties provided for arbitration as the dispute settlement method. But the provisions of the bilateral investment treaties are not always clear enough. Therefore arbitrators, in order to settle the dispute, need to interpret the treaty provisions. The proportionality standard has been applied by some investment arbitral tribunals in order to make a balance between conflicting interests of host states and investors. Some scholars challenged the basis of the proportionality standard by the arbitral tribunals. In the present article the characteristics of proportionality as a general principle of law, which has its roots in domestic legal systems and has been transferred to international law, will be examine. Accordingly, the application of proportionality for the interpretation investment treaties under the rules reflected in article 31 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties will be justified.

Keywords

principle of proportionality, general principles of law, interpretation of investment treaties, international investment law, investment arbitration.



* Ph.D. in International Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

Email: a.farasat@ut.ac.ir

Received: May 5, 2017 - Accepted: September 23, 2019



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 International, which permits others to download this work, share it with others and Adapt the material for any purpose.



پروپوزیشن گاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی

مبنای استناد به معیار تناسب در حل و فصل اختلافات دولت-سرمایه گذار

(نوع مقاله: علمی _ پژوهشی)

امینه فراستمند*

چکیده

با آغاز دهه ۱۹۹۰ میلادی روند انعقاد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری به‌منظور توسعه سرمایه‌گذاری خارجی و حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی میان کشورها به‌شدت رو به افزایش نهاد که این معاهدات اغلب داوری را به‌عنوان روش حل و فصل اختلاف برگزیده‌اند. اما عبارات مندرج در این معاهدات همیشه از شفافیت کافی برخوردار نیستند. از این‌رو داوران برای رسیدگی به اختلاف ناچار دست به تفسیر عبارات مندرج در معاهده می‌زنند. «تناسب» از سوی برخی از دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری برای برقراری توازن میان منافع متعارض کشورهای سرمایه‌پذیر و سرمایه‌گذاران خارجی مورد استناد قرار گرفته است. برخی صاحب‌نظران مبنای استناد به معیار تناسب از سوی دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری را مورد تردید قرار داده‌اند. در این نوشتار ماهیت «تناسب» به‌عنوان یک اصل کلی حقوقی که در نظام‌های حقوقی داخلی ریشه دارد و به‌نحو مطلوبی به بخش‌های مختلف نظام حقوق بین‌الملل انتقال یافته است، احراز می‌شود و بر این اساس استناد به آن، به‌عنوان معیاری کاربردی، به‌منظور تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری طبق قاعده تفسیر مندرج در ماده ۳۱ کنوانسیون ۱۹۶۹ حقوق معاهدات توجیه می‌شود.

کلیدواژگان

اصل تناسب، اصول کلی حقوق بین‌الملل، تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری، حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، داوری سرمایه‌گذاری.

* دانش‌آموخته دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
Email: a.farasat@ut.ac.ir

مقدمه

در حال حاضر بیشتر معاهدات سرمایه‌گذاری دربردارنده قید داوری دولت-سرمایه‌گذار برای حل و فصل اختلافات احتمالی بین دولت پذیرنده سرمایه و سرمایه‌گذار خارجی‌اند. اختلافاتی که به مراجع داوری پیش‌بینی شده در معاهدات سرمایه‌گذاری ارجاع می‌شود، اغلب مستلزم بررسی اقدامات نهادهای عمومی است که متصدی امور عمومی مانند حفظ محیط زیست و سلامت عمومی هستند. از این رو آنچه در تمامی داوری‌های سرمایه‌گذاری دیده می‌شود، تقابل میان «اقدامات نهادهای عمومی به‌عنوان متصدیان تأمین منافع عمومی» از یک سو و «منافع خصوصی سرمایه‌گذار خارجی» از سوی دیگر است.

در این میان معیار «تناسب» از سوی برخی نهادهای داوری از جمله مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید)^۱ به‌عنوان ابزاری تفسیری، به‌منظور رفع ابهام از عبارات مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری استفاده شده است تا از این رهگذر تعادل و توازن مطلوب بین منافع عمومی دولت‌های سرمایه‌پذیر و منافع خصوصی سرمایه‌گذاران خارجی، برقرار شود. این رویه دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری انتقادهای بسیاری را به خود جلب کرده است. حال سؤال این است که چگونه دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری می‌توانند استناد به این معیار را توجیه کنند. به‌عبارت دیگر، آنچه قبل از هر چیز باید روشن شود، این است که مبنای حقوقی دیوان‌های داوری برای استناد به معیار تناسب چه می‌تواند باشد. برای پاسخ دادن به این پرسش به بررسی ماهیت معیار تناسب به‌عنوان یک اصل کلی حقوق بین‌الملل می‌پردازیم. برای شناخت ماهیت این معیار به‌عنوان اصل کلی حقوق بین‌الملل، ابتدا خاستگاه آن را در نظام‌های داخلی بررسی می‌کنیم، سپس ورود و نقش‌آفرینی آن را در بخش‌های مختلف حقوق بین‌الملل مطالعه می‌کنیم. چنانچه بتوانیم نشان دهیم که معیار تناسب با همان مفهومی که در نظام‌های حقوقی داخلی مورد استناد قرار گرفته، به حقوق بین‌الملل وارد شده و در بخش‌های مختلف حقوق بین‌الملل نیز توانسته است کارکردی مشابه حقوق داخلی پیدا کند، می‌توان آن را یک اصل کلی حقوق بین‌الملل دانست. از آنجا که یکی از کارکردهای اصول کلی حقوق بین‌الملل، براساس قسمت «ج» بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون وین حقوق معاهدات، استفاده به‌عنوان ابزاری کاربردی به‌منظور تفسیر بخش‌های مبهم معاهدات و پر کردن خلأهای موجود در آن است، می‌توان استناد به اصل تناسب را از سوی دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری در داوری‌های دولت-سرمایه‌گذار توجیه کرد و امید داشت تا این اصل بتواند در روابط دولت-سرمایه‌گذار نیز رسالت خود را که همانا برقراری توازن و تعادل میان منافع و ارزش‌های متعارض است، با موفقیت به انجام رساند.

1. International Center for Settlement of Investment Dispute (ICSID)

مفهوم تناسب و عناصر تشکیل دهنده آن

به لحاظ تاریخی مفهوم تناسب را می‌توان در قانون حمورابی که به دستور حمورابی، پادشاه بابل، در سال ۱۷۷۲ پیش از میلاد تدوین شده بود، یافت. در این قانون به لزوم وجود تناسب میان جرم و مجازات اشاره شده است (Fish, 2008: 58). هم‌مفهوم تناسب در حقوق یونان، رم و حتی حقوق قرون وسطی نیز وجود داشت (Vadi, 2015: 59).

برای تناسب معنای کاملاً روشن و مشخصی که مورد اجماع عمومی باشد وجود ندارد، اما در حوزه‌های گوناگون این عبارت می‌تواند معنایی متناسب با آن حوزه را بیابد. این موضوع به خوبی در یکی از آرای دیوان عالی کانادا مورد اشاره قرار گرفته که مقرر می‌دارد: «اگرچه ماهیت تناسب بسته به شرایط و اوضاع و احوال متفاوت خواهد بود، ولی در هر حال دادگاه‌ها باید بتوانند میان منافع کل جامعه و منافع افراد جامعه توازن برقرار کنند» (Supreme Court of Canada, 1986: 70). از این رو فارغ از تعریفی که از تناسب ارائه شود، کارکرد تناسب برقراری تعادل میان اهداف و ارزش‌های متعارض است. در چارچوب حقوق اساسی داخلی، کارکرد تناسب محدود کردن اختیارات حاکمیتی دولت‌هاست تا از این رهگذر رفتار منصفانه‌تری نسبت به افراد داشته باشند و از سوء استفاده از قدرت توسط حکومت‌ها پیشگیری به عمل آید (Jackson, 2015: 3098). معیار تناسب، فارغ از بحث حقوق اساسی داخلی و در معنای کلی‌تر، روشی است برای تفسیر حقوقی و تصمیم‌گیری در هر موقعیتی که اصول یا اهداف مشروع با هم اصطکاک پیدا می‌کنند (Schill & Kingsbury, 2010: 79). در طول سده‌های هجدهم و نوزدهم در درون تناسب چند مفهوم شکل گرفت؛ اول اینکه اقدامی که اتخاذ می‌شود، باید بتواند هدفی را که از اقدام مزبور دنبال می‌شود، محقق سازد. از این رو اگر اقدامی این توانایی را نداشته باشد، آن اقدام با هدف مورد نظر متناسب نخواهد بود؛ دوم اینکه در میان اقداماتی که می‌تواند ما را به هدف مورد نظر برساند، باید اقدامی که کمترین ضرر را ایجاد می‌کند، اتخاذ شود. این مفهوم به واقع بازتاب اصل ضرورت است؛ سوم اینکه باید میان درجه شدت اقدام انجام گرفته و سببی که موجب اتخاذ آن اقدام شده است، درجاتی از برابری وجود داشته باشد. شایان ذکر است که هیچ‌یک از این سه مفهوم از پیش تعریف نشده بودند و به تدریج در رویه قضایی کشورها متبلور و تثبیت شده‌اند (Kolb, 2006: 8).

برای این معیار در نظام‌های حقوقی مختلف عناصری برشمرده شده است که البته شباهت معناداری با مفاهیم موجود در تناسب که پیشتر اشاره شد، دارند. تعداد این عناصر در برخی نظام‌ها سه و در برخی دیگر چهار عنصر است و این عناصر سه یا چهارگانه در قالب سه یا چهار مرحله از سوی محاکم بررسی می‌شوند. نظام حقوقی بریتانیا^۱، کانادا^۱ و ایرلند از جمله نظام‌هایی

1. See *Huang v Secretary of State for the Home Department*, 21 March 2007, UK House of Lords 11,

است که چهار مرحله برای تحلیل مبتنی بر تناسب پیش‌بینی کرده است که این چهار مرحله شامل هدف مشروع، ارتباط منطقی، ایجاد کمترین اختلال و توازن کلی است. البته باید به این نکته توجه داشت که محاکم مختلف الزاماً در همه موارد از تمامی این چهار عنصر استفاده نکرده‌اند (Brady, 2012: 53). از دیگر سو تحلیل مبتنی بر تناسب آن گونه که در نظام حقوقی آلمان قوام یافته است، دارای سه مرحله است که در هر مرحله یکی از سه عنصر مناسب بودن^۲، ضرورت داشتن^۳ و تناسب به معنای خاص^۴ بررسی می‌شود (Brady, 2012: 52). اما آنچه از مقایسه تناسب سه مرحله‌ای با تناسب چهار مرحله‌ای به دست می‌آید، این است که در واقع این مراحل با هم قابل تطبیق‌اند؛ به این ترتیب که لزوم وجود «ارتباط منطقی» اقدام انجام‌گرفته و هدف موردنظر با قید «مناسب بودن» در الگوی آلمانی قابل انطباق است. قید «ایجاد کمترین میزان اختلال» با شرط «ضرورت» در الگوی آلمانی و عنصر «توازن کلی» در الگوی بریتانیایی با قید «تناسب به معنای خاص» در الگوی آلمانی قابل انطباق است. در الگوی آلمانی عنصر هدف مشروع به صراحت برشمرده نشده که البته در عمل دادگاه قانون اساسی آلمان در تحلیل‌های خود به لزوم مشروع بودن هدف پرداخته است (Brady, 2012: 52).

بنابراین، درون‌مایه تناسب در نظام‌های حقوقی مختلف فارغ از اینکه از چه عباراتی برای برشمردن آنها استفاده کنند، تا حدود زیادی مشترک است. با وجود این، نگارنده در این نوشتار الگوی شکل‌گرفته در نظام حقوقی آلمان را که به‌عنوان «منزلگاه تناسب در معنای نوین» شناسایی می‌شود (Carter, 2016: 952)، مبنای کار خود قرار می‌دهد. از این‌رو در ادامه مفهوم سه‌عنصری تناسب براساس الگوی آلمانی روشن شده و سپس جایگاه آن در نظام‌های حقوقی داخلی مختلف و نیز سرایت آن به بخش‌های مختلف حقوق بین‌الملل بررسی می‌شود.

۱. مناسب بودن

اولین مرحله از تحلیل مبتنی بر تناسب، مرحله بررسی عنصر «مشروعیت» است، به این معنا که آیا دولت حق انجام چنین اقداماتی را داشته است یا خیر. به عبارت دیگر، دادرس باید دریابد که آیا مقامات دولتی هدف مشروعی را از اقدامات خود دنبال می‌کنند یا خیر (Bruke, Staden, 2010: 334)؛ چراکه هر هدفی نمی‌تواند مجوزی برای محدود کردن حقوق افراد باشد، بلکه اقداماتی که در حقوق افراد اختلال ایجاد می‌کند، باید با هدف کاملاً مشروع انجام گیرد.

Para.19.; R (F) (Respondents) v. Secretary of State for the Home Department (Appellant), UK Supreme Court 17, Judgment, 21 April 2010, para. 17.

1. See R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103, para.70.

2. Suitability

3. Necessity

4. Proportionality Stricto Sensu

(Urbina, 2017: 140). در حقوق اساسی مشروعیت اقدامات قضایی، اداری و قانونگذاری، به قانون اساسی بستگی دارد. در مورد حقوق بین‌الملل، مشروعیت اقدامات موردنظر به حقوق بین‌الملل وابسته است و مطابقت با حقوق اساسی ملی الزاماً مطابقت با تعهدات بین‌المللی دولت‌ها ندارد (vadi, 2018: 60).

در ادامه دادرس به بررسی این موضوع می‌پردازد که آیا اقدام اتخاذشده برای دستیابی به هدف عمومی یا هدف مشروع^۱ «مناسب» است یا خیر. برای احراز این عنصر نیاز است تا ارتباط معقول و مناسبی بین اقدام و هدف موردنظر برقرار باشد. این مرحله از تحلیل تناسب اغلب چندان برای برآورده شدن سخت نیست (Ranjan, 2014: 856).

۲. ضرورت

در دومین مرحله از تحلیل مبتنی بر تناسب دادگاه به بررسی این عنصر می‌پردازد که آیا محدودیت‌های وارده بر حقوق افراد، برای دستیابی به هدف موردنظر ضروری بوده است یا خیر. اقدام صورت گرفته در صورتی می‌تواند این ویژگی را دارا باشد که کمترین محدودیت را ایجاد کند (Ranjan, 2014: 856). به این معنا که چنانچه غیر از اقدام انجام گرفته از سوی دولت، امکان اتخاذ اقدام دیگری، با درجه نقض کمتر برای دولت وجود داشته باشد، به نحوی که قابلیت دستیابی به هدف موردنظر دولت از طریق اقدام جایگزین نیز وجود داشته باشد، اقدام انجام گرفته از سوی دولت متناسب نخواهد بود. این مرحله از تحلیل مبتنی بر تناسب را می‌توان مرحله «اقدام کمتر محدودکننده»^۲ نیز نامید (Bucheler, 2015: 37). به واقع عنصر ضرورت مؤلفه کارامدی را در خود نهفته دارد و هر اندازه که دولت اقدامات جایگزین بیشتری را در نظر گرفته و آنها را رد کرده باشد، احتمال اینکه بتواند مرحله ضرورت را پشت سر بگذارد، بیشتر است (Rivers, 2014: 425).

۳. تناسب در معنای خاص

سومین مرحله از تحلیل مبتنی بر تناسب «تناسب در معنای خاص» نام دارد. در این مرحله برقراری توازن به صورت واقعی میان دو منفعت متعارض صورت می‌گیرد تا مشخص شود آسیب ناشی از اقدامات انجام گرفته توسط دولت فراتر از منافع حاصل از آن بوده است یا خیر. در این مرحله برقراری توازن از طریق اندازه‌گیری اهمیت نقض آزادی‌های فردی در برابر منافع دولت است. به دیگر سخن، در این مرحله دادگاه باید میان اثر اقدامات دولت بر حقی که مورد نقض

1. Legitimate End

2. The Least Restrictive Means

قرار گرفته است از یک سو و منفعت عمومی که از این اقدام حاصل می‌شود، از سوی دیگر تعادل برقرار کند (Ranjan, 2014: 856).

برقراری این تعادل بین منافع و مضار اقدامات انجام گرفته توسط دولت حساس‌ترین قسمت تحلیل مبتنی بر تناسب است و به واقع نوعی تحلیل هزینه-فایده است که طی آن لازم است دادگاه فایده و ضرر اقدام موردنظر را نسبت به هم ارزیابی می‌کند (Rivers, 2014: 412-413). چنانچه اقدام اتخاذی از سوی دولت بتواند این سه عنصر را دارا باشد، نقض حقوق توسط آن دولت تخلف محسوب نمی‌شود. اما اگر نتواند هریک از این عناصر سه‌گانه را داشته باشد، نقض حق مزبور، تخلف محسوب می‌شود و موجبات مسئولیت دولت را فراهم خواهد آورد (Rivers, 2014: 412-413).

معیار تناسب به عنوان اصل کلی حقوق بین‌الملل

به منظور بررسی صحت استناد به معیار تناسب از سوی دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری به عنوان یک اصل کاربردی برای تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری و نیز برقراری تعادل میان منافع کشورهای سرمایه‌پذیر و سرمایه‌گذاران خارجی لازم است ابتدا ماهیت این معیار را در حقوق بین‌الملل دریابیم. بر این اساس به این موضوع می‌پردازیم که آیا می‌توان این معیار را واجد ویژگی‌های اصل کلی حقوق بین‌الملل دانست یا خیر. فایده بحث این است که چنانچه تناسب را دارای ویژگی‌های اصل کلی حقوق بین‌الملل بدانیم، می‌توان آن را براساس قسمت «ج» بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در مقام تفسیر معاهده به کار برد. بند مذکور «هر قاعده حقوق بین‌الملل که در روابط بین طرفین معاهده لازم‌الاجرا باشد» را در مقام تفسیر معاهده شایسته توجه می‌داند. از این رو اصول کلی حقوق بین‌الملل می‌توانند به منظور تفسیر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری نیز استفاده شوند.

اصول کلی حقوق بین‌الملل به عنوان «هسته نظریات مختلف حقوقی که بین همه نظام‌های حقوقی مشترک هستند» (Schlesinger, 1975: 739)، از جمله منابع اولیه حقوق بین‌الملل به شمار می‌روند. ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی به دادگاه این اجازه را می‌دهد که به «اصول کلی حقوق که توسط ملل متمدن به رسمیت شناخته شده است» به عنوان یکی از منابع حقوق بین‌الملل استناد کند (Bassiouni, 1990: 768). اگرچه این اساسنامه متعلق به دیوان بین‌المللی دادگستری است، به واقع انعکاسی از حقوق بین‌الملل عرفی است. بر این اساس می‌تواند برای سایر دادگاه‌های بین‌المللی نیز منبع حقوق بین‌الملل تلقی شود. از آنجا که حقوق سرمایه‌گذاری خارجی الزاماً به ارتباط حقوقی میان یک دولت و سرمایه‌گذار خصوصی مربوط می‌شود، اصول شکل گرفته در حقوق عمومی نیز قابلیت کاربرد در این حوزه را دارند. اصول کلی حقوقی در حقوق سرمایه‌گذاری می‌تواند همان کارکردهایی را که این اصول در سایر بخش‌های حقوق

بین‌الملل عمومی دارند، دارا باشد؛ که یکی از آنها کارکرد تفسیری به‌منظور روشن کردن عبارات مبهم معاهده و پر کردن خلأهای موجود در آن است (Gazzini, 2009: 118-119).

به‌منظور شناسایی یک معیار حقوقی به‌عنوان اصل کلی حقوقی در معنای ماده (پ) ۳۸(۱) بررسی دو مؤلفه در دو مرحله لازم است؛ مرحله اول بررسی تطبیقی نظام‌های حقوق داخلی به‌منظور روشن شدن مقبولیت و جایگاه آن معیار در نظام‌های حقوقی داخلی است و مرحله دوم اینکه معیاری که دارای ویژگی اول است، قابلیت انتقال از حقوق داخلی به حقوق بین‌الملل را دارا است یا خیر (Bucheler, 2015: 67).

چنانچه معیار تناسب به‌عنوان یکی از اصول کلی حقوق بین‌الملل شناسایی شود، می‌تواند در جریان دعاوی دآوری سرمایه‌گذاری به‌منزله یکی از اصول کلی حقوق بین‌الملل در تفسیر معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری نیز استفاده شود (Vadi, 2015: 33).

در واقع اصول کلی حقوقی در دوران شکل‌گیری حقوق سرمایه‌گذاری از جمله در دعاوی ایران و آمریکا که توسط دیوان دعاوی ایران-ایالات متحده آمریکا نقش بسیار برجسته‌ای ایفا کرد. اما این نقش بعد از شروع موج انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه میان کشورها کم‌رنگ‌تر شد (Hirsch, 2011: 27). با وجود این زمینه‌های لازم برای به‌کارگیری اصول کلی حقوقی در حقوق دآوری سرمایه‌گذاری همچنان وجود دارد.

در ادامه به بررسی دو مؤلفه اصل کلی حقوق بین‌الملل به‌منظور تطابق دادن آن با معیار تناسب می‌پردازیم تا ماهیت این معیار به‌عنوان یک اصل کلی حقوق بین‌الملل روشن شود. از این‌رو در ابتدا جایگاه معیار تناسب در نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف و در ادامه قابلیت انتقال معیار تناسب از حقوق داخلی به حقوق بین‌الملل بررسی می‌شود.

۱. تناسب در حقوق داخلی کشورهای مختلف

ملکم شاو معتقد است که احراز مقبولیت یک اصل حقوقی در نظام‌های حقوقی مستلزم بررسی حقوق تمامی کشورها نیست. بنابر نظر وی برخی از نهادهای حقوقی در بیشتر نظام‌های حقوقی به‌طور مشترک موجودند. وی در اثبات ادعای خود به این نکته اشاره می‌کند که نظام حقوقی انگلیسی آمریکایی از یک طرف و نظام حقوقی فرانسه و آلمان نظام‌های حقوقی متعددی را در جهان تحت تأثیر قرار داده‌اند. در حقوق کشورهای آمریکای جنوبی و بسیاری از کشورهای آفریقایی عناصری یافت می‌شوند که از حقوق اروپا به‌عاریت گرفته شده‌اند (Shaw, 2006: 100). همان‌طور که واتسن متذکر شده است، حقوق اساساً با عاریت گرفتن قواعد و ساختارها از حوزه‌های دیگر توسعه پیدا کرده است. وی این روش را که «پیوند حقوقی»^۱ نامیده می‌شود،

1. Legal transplant.

ارزان‌ترین و کارآمدترین روش تغییر و تحول حقوق تلقی می‌کند که می‌تواند رضایت‌بخش‌ترین نتیجه را نیز داشته باشد (Watson, 1978: 326).

بر همین اساس، در ادامه این موضوع بررسی خواهد شد که آیا همانند نظام‌های حقوقی آلمان، بریتانیا و کانادا که پیشتر اشاره شد، مفهوم تناسب در قوانین و مقررات یا رویه قضایی سایر کشورها نیز از طریق پیوند حقوقی به‌نحو مشابهی شناسایی شده است؟

۱.۱. معیار تناسب در حقوق ایران

در نظام حقوقی ایران در حوزه‌های مختلف مفهوم تناسب مورد توجه قرار گرفته است. از جمله این حوزه‌ها، حقوق کیفری است. اگرچه در قوانین کیفری ایران اصل تناسب به‌عنوان یک اصل کلی مبنای وضع مجازات قرار نگرفته است، با نگاهی دقیق‌تر به قانون مجازات ایران می‌توان نشانه‌هایی از این اصل را در تعیین مجازات برای برخی جرائم یافت. از جمله در قصاص که اساساً مبنای آن مماثلت است، اصل تناسب به‌خوبی رعایت شده است (سبزواری‌نژاد، ۱۳۹۶: ۱۵۱).

در محدوده مجازات‌های تعزیری (عرفی) که محدودیت‌های تعبدی و شرعی مجازات‌های مشمول حد و قصاص وجود ندارد، امکان در نظر گرفتن معیار تناسب برای برقراری توازن و تناسب وجود دارد (سبزواری‌نژاد، ۱۳۹۶: ۱۵۳).

به‌علاوه در حقوق کیفری تناسب از الزامات حاکم بر تأمین کیفری نیز است. در صدور قرار تأمین کیفری پیش از محکومیت قطعی، دادرس باید میان حقوق دفاعی متهم و آزادی شهروندان از یک سو و پیشبرد اهداف نظام عدالت کیفری و تأمین فرایند رسیدگی سریع از سوی دیگر توازن برقرار کند (رجب، ۱۳۹۶: ۶۴).

کارکرد تناسب در چارچوب موضوع تأمین کیفری باید به‌مثابه راهکاری برای محدود کردن اعمال قدرت عمومی در موارد غیرضروری در نظر گرفته شود. براساس اصل تناسب تأمین کیفری باید محدود به موارد ضروری و ضرورت به‌وجودآمده در زمان صدور دستور باشد و از میزان لازم برای حصول هدف موردنظر فراتر نرود. از این‌رو به‌منظور تضمین حضور و دسترسی به متهم در هر مورد چنانچه این هدف با تأمین سبک‌تر برآورده می‌شود، باید به همان مقدار بسنده شود (رجب، ۱۳۹۶: ۶۳).

در چارچوب حقوق اداری نیز چنانچه با ریزینی بیشتر آرای دادگاه‌ها از جمله دیوان عدالت اداری ایران را بررسی کنیم، به آرای برمی‌خوریم که می‌توانسته‌اند جایگاه بسیار مناسبی برای کاربرد اصل تناسب باشند، چراکه در این آراء، قضات به بررسی اقدامات دولت که به محدود شدن حقوق و آزادی‌های افراد منجر شده است، پرداخته‌اند (مرادی برلیان، ۱۳۹۲: ۲۰۱). البته نظر به اینکه تناسب در نظام حقوقی ایران به‌عنوان یک اصل شناسایی نشده است، دادگاه‌ها توجیهی برای

استناد به آن نداشته‌اند (مرادی برلیان، ۱۳۹۲: ۲۲۱). با وجود این، در مواردی برخی آرا^۱ به لزوم برقراری تناسب میان دو موضوع تأکید کرده و اصطلاح «متناسب» را به کار برده‌اند. به نظر می‌رسد در این آرا تنها معنای لغوی تناسب مدنظر قضات بوده و تناسب هرگز به عنوان یک اصل حقوقی ساختارمند سه مرحله‌ای، آن گونه که در نظام حقوقی آلمان شکل گرفته، در آرای دیوان عدالت اداری مورد استناد قرار نگرفته است (رستمی، ۱۳۹۵: ۶۷). البته هیچ‌یک از مطالب مذکور به معنای عدم امکان توسعه و کاربرد این اصل در نظام حقوقی ایران، به صورت یک اصل ساختارمند نیست. براساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی آرای قضات باید به ترتیب اولویت، بر قانون، منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر مبتنی باشد. ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، پس از تکرار سه منبع مذکور در اصل ۱۶۷ قانون اساسی، منبع چهارم یعنی «اصول حقوقی» را معرفی می‌کند؛ مشروط بر اینکه مغایر موازین شرعی نباشد (شمس، ۱۳۹۶: ۲۰۴). قانون تعریف روشنی از اصول حقوقی ارائه نداده است. اما اداره حقوقی قوه قضاییه^۲ تصریح کرده که «اگرچه اصل کلی حقوقی در قانون تعریف نشده، ولی با توجه به سیاق ماده ۳ قانون مرقوم و تعاریفی که در کتاب‌های حقوقی در این مورد به عمل آمده، اصول حقوقی قواعد کلی و عمومی و الزام‌آوری است که مبنای احکام حقوقی و مقررات قانونی قرار گرفته است، بنابراین استناد به اصول حقوقی خارجی که در مبنای حقوقی ما نیز موجود است، چنانچه مغایر با شرع نیز نباشد، از ناحیه دادرسی در زمان انشای رأی در مقام احقاق حق و فصل خصومت بلاشکال است» (قوه قضاییه، ۱۳۹۶: ۱۸).

با کنار هم قرار دادن ترتیبات قانون اساسی، قانون آیین دادرسی مدنی و نظریه اداره حقوقی قوه قضاییه، درمی‌یابیم که راه برای توسعه و به کار بردن اصل تناسب در نظام حقوقی ایران نه تنها بسته نیست، بلکه کاملاً هموار شده است. به علاوه نظام حقوقی ایران، به ویژه در بخش حقوق جزا با مفهوم تناسب کاملاً آشناست و این امر، فرایند توسعه و کاربرد اصل تناسب در نظام حقوقی ما را تا حدود زیادی تسهیل می‌کند.

۱.۲. معیار تناسب در حقوق داخلی سایر کشورها

اصل تناسب نخستین بار در اواخر سده نوزدهم از سوی دادگاه‌های اداری پروس به منظور برقراری توازن میان منافع متعارض و محدود کردن قدرت پلیس مورد استناد قرار گرفت. این معیار در دهه ۱۹۵۰ از حقوق اداری به دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان ورود پیدا کرد (Carter, 2016).

۱. برای نمونه ر.ک: دادنامه شماره ۳۶۳ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۸۶/۵/۲۳؛ دادنامه شماره ۵۰۵-

۵۰۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۸۲/۰۷/۱۸؛ دادنامه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری شماره

۳۰۰ مورخ ۱۳۸۱/۸/۲۶.

۲. نظریه شماره ۷/۹۲/۱۴۵۹ مورخ ۱۳۹۲/۸/۶ اداره کل حقوقی قوه قضاییه.

955). این معیار نه تنها به قوانین اساسی بیشتر کشورهای اروپای شرقی^۱ و مرکزی راه یافت، بلکه در قوانین اساسی تونس^۲، آفریقای جنوبی^۳، کشورهای آمریکای لاتین، استرالیا و نیوزلند و برخی از کشورهای آسیایی مانند هنگ کنگ، کره جنوبی^۴ و هند^۵ نیز مشاهده می‌شود. در مواردی هم که این اصل به صراحت در متن قانون اساسی کشور وارد نشده بود، توسط قضات و در جریان آرای دادگاه‌ها ساخته و حدود و ثغور آن نیز مشخص شده است (Peters, 2016: 2).

در نظام‌های حقوقی ایالات متحده آمریکا و استرالیا وضعیت به این صورت بوده است که معنای تناسب که برآمده از معنای انصاف است، در صدد است تا برای شدت مجازات که براساس درجه زشتی عمل و تبعاتی که برجای می‌گذارد تعیین می‌شود، سقفی بگذارد و این سقف بر مبنای میزان شدت جرم انجام گرفته تعیین خواهد شد (Mitchell, 2007: 991).

رویه سابق دیوان عالی استرالیا در حل و فصل اختلافات مبتنی بر مندرجات قانون اساسی، استناد به معیار «متناسب و مطابق» بوده است و براساس این معیار دیوان عالی یک تحلیل دومرحله‌ای برای تعیین میزان محدودیت بر آزادی‌های فردی انجام می‌داده است. اگرچه این تحلیل دومرحله‌ای «متناسب» نامیده نمی‌شود، و نیز سه عنصر تشکیل دهنده این اصل، یعنی مناسب بودن، ضرورت داشتن و وجود توازن را در خود ندارد، با وجود این، به لحاظ محتوایی بسیار به تحلیل سه مرحله‌ای تناسب نزدیک است (Carter, 2016: 957). به طوری که در رأی لانژ علیه صداوسیما استرالیا^۶ دادگاه در ضمن استفاده از معیار «متناسب و مطابق» به نزدیکی و مشابهت این معیار با معیار تناسب اذعان می‌کند (High Court of Australia, 1997: 18). البته در رأی کلمان، دیوان عالی استرالیا به صراحت معیار تناسب را معیاری دقیق‌تر و کارآمدتر برای حل و فصل اختلافات مبتنی بر قانون اساسی تلقی کرد (High Court of Australia, 2004: 235). در ادامه دیوان عالی اعلام داشت که معیار تناسب پیش از این هم توسط این مرجع مورد استناد قرار گرفته است.^۷ شباهت معیار تناسب با معیار «متناسب و مطابق» و امکان کاربرد معیار تناسب به جای آن در رأی مولبولند علیه کمیسیون انتخابات استرالیا بار دیگر به شکل واضح‌تری بیان شد (High Court of Australia, 2004: 39). دیوان عالی استرالیا اخیراً به استفاده از معیار تناسب تمایل پیدا کرده است. این تمایل در رأی مک کلوی علیه نیو سوت ولز^۸ به خوبی نمایان شد. در رأی مذکور چهار عضو دیوان عالی،

1. Constitution of Romania, 1991 with Amendments through 2003, Article 53.
2. Constitution of Tunisia, 2014, Article 49.
3. Constitution of the Republic of South Africa, 1996, Article 36.
4. The Constitution of The Republic of Korea, 1987, Article 37.
5. The Constitution of India, 2015, Article 19.
6. Lange v Australian Broadcasting Corporation ("Political Free Speech case"), High Court of Australia, 1997, p.18.
7. Cunliffe (1994) 182 CLR 272 at 322, 356-357; Re Director of Public Prosecutions; Ex parte Lawler (1994) 179 CLR 270 at 286; Leask (1996) 187 CLR 579 at 634- 635.
8. McCloy v New South Wales, Australian High Court's Judgement, 7 October 2015.

معیار سه مرحله‌ای تناسب را که در حقوق آلمان شکل گرفته است، مورد پذیرش قرار دادند تا در خصوص اینکه آیا حق آزادی ارتباطات سیاسی^۱ نقض شده است یا خیر، اتخاذ تصمیم کنند. این سیر تحول می‌تواند راه یافتن و جاگرفتن اصل تناسب را به صورتی که در نظام حقوق آلمان شکل گرفته است، به نظام حقوقی استرالیا نشان دهد (Carter, 2016: 952).

علاوه بر این، اصل تناسب در نظام حقوقی داخلی بسیاری از کشورها، اعم از کشورهای داخل و خارج از اروپا، جایگاه مطلوبی به دست آورده است. بسیاری از کشورهای اروپای غربی از جمله پرتغال، ایرلند، اسپانیا، بلژیک، هلند، سوئد، یونان، ایتالیا و فرانسه در محاکم خود معیار تناسب را به کار می‌برند. همچنین کشورهای اروپای مرکزی از جمله مجارستان، لهستان، لیتوانی، اسلونی و جمهوری چک در رویه قضایی حقوق عمومی خود این معیار را مورد استناد قرار داده‌اند. این معیار در رویه قضایی محاکم برخی کشورهای آسیایی و آمریکای لاتین مانند هنگ‌کنگ، چین، کره جنوبی، آرژانتین، شیلی، کلمبیا، مکزیک و پرو نیز به چشم می‌خورد. در رویه قضایی دادگاه‌های بریتانیا نیز ردپایی از این معیار دیده می‌شود. در رویه دادگاه‌های قانون اساسی کانادا، نیوزلند و آفریقای جنوبی نیز معیار تناسب به شکل آشکاری به چشم می‌خورد (Bucheler, 2015: 42). از این رو در حال حاضر اگر ادعا کنیم که ریشه در نظام حقوقی بسیاری از کشورها دارد، به بیراه نرفته‌ایم (Vadi, 2015: 59).

همان‌طور که در ابتدای این بحث گفته شد، برای اینکه دریا بیم یک اصل حقوقی مورد قبول ملل متمدن قرار گرفته است یا خیر، لازم نیست حقوق تمامی کشورها بررسی شود، بلکه بررسی کلی نظام‌های حقوقی عمده و تأثیرگذار برای این امر کافی به نظر می‌رسد. در این بخش با نگاهی به نظام حقوقی ایران و برخی نظام‌های حقوقی دیگر دریافتیم که تناسب در بسیاری از نظام‌های حقوقی از جمله نظام حقوقی ایران، ریشه دارد، از این رو می‌توان آن را دارای ویژگی اول اصل کلی دانست. حال به بررسی قابلیت انتقال تناسب، با همان معنا و کاربردی که در حقوق بین‌الملل پیدا کرده است، از حقوق داخلی به حقوق بین‌الملل می‌پردازیم.

۲. قابلیت انتقال معیار تناسب از حقوق داخلی به حقوق بین‌الملل

شناسایی یک اصل کلی در نظام‌های حقوقی مختلف، تنها زمانی آن را به یک اصل کلی حقوق بین‌الملل تبدیل می‌کند که به حقوق بین‌الملل مهاجرت کند. همان‌گونه که فیتز موریس^۲ اظهار کرده، «شرایط حاکم در عرصه بین‌المللی در برخی موارد با شرایط حاکم در حقوق داخلی بسیار متفاوت است، به شکلی که اعمال دقیق اصول حقوق داخلی در روابط بین‌الدولی فاقد توجیه خواهد بود». به همین سبب مرجع رسیدگی‌کننده به اختلاف بین‌المللی می‌بایست

1. Freedom of Political Communication

2. Sir Gerald Fitzmaurice

ویژگی‌های جامع اصل مشترک را استخراج کند و سپس آن اصل را به‌عنوان قانون قابل اعمال بر آن اختلاف اعمال کند (Kotuby Jr. and Sobota, 2017: 27).

واقعیت این است که تناسب از نظام‌های حقوقی داخلی به بخش‌های مختلفی از حقوق بین‌الملل راه یافته است. اگر قائل به این موضوع شویم که حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل در مهاجرت و جابه‌جایی معیار تناسب با هم تعامل تنگاتنگی داشته‌اند، به بیراه نرفته‌ایم. به این ترتیب که حرکت اصل تناسب از یک قانون اساسی به قانون اساسی دیگر اغلب با محمل حقوق بین‌الملل صورت گرفته است. یک مورد برجسته از این جابه‌جایی بین حقوق داخلی آلمان و حقوق کشورهای عضو اتحادیه اتفاق افتاده است، به این ترتیب که اصل مزبور از حقوق داخلی آلمان به حقوق اتحادیه اروپایی و دادگاه اروپایی حقوق بشر انتقال یافته و سپس از آنجا به نظام داخلی برخی از کشورهای اروپایی، از جمله پادشاهی بریتانیا وارد شده است. در نهایت تناسب توانست از طریق قانون حقوق بشر ۱۹۹۸^۱ به نظام حقوقی بریتانیا راه پیدا کند و از آن پس جایگزین معیار معقولیت^۲ شود (Peters, 2016: 2).

در ادامه به‌منظور روشن شدن این مهاجرت، رویه قضایی دیوان دادگستری اروپایی و دیوان اروپایی حقوق بشر و سازمان تجارت جهانی، و نیز بخش‌های مختلف حقوق بررسی می‌شود و در پایان به نمونه‌هایی از آرای داوری سرمایه‌گذاری که اصل تناسب را به‌منظور تفسیر مندرجات معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری در جهت برقراری توازن میان منافع متعارض سرمایه‌گذار خارجی و دولت میزبان سرمایه، مورد استناد قرار داده‌اند، پرداخته می‌شود.

۱.۲. معیار تناسب در دیوان دادگستری اروپایی

بعد از وارد ساختن اصل تناسب به معاهده ماستریخت^۳، کاربرد آن مبنای معاهده‌ای پیدا کرد و مؤلفه‌های اعمال این اصل نیز در پروتکل شماره ۲ معاهده^۴ آمده است (Vadi, 2018: 75). یکی از موقعیت‌هایی که جایگاه استفاده از معیار تناسب است، زمانی است که اتحادیه یا کشورهای عضو آن قوانینی وضع می‌کنند که با آزادی‌های فردی تداخل پیدا می‌کند (Bucheler, 2015: 69). به‌علاوه در «کد اروپایی رفتار اداری مناسب» که مورد تصویب پارلمان اروپایی قرار گرفته، به اصل تناسب اشاره شده است. به این ترتیب که در ماده ۶ این سند آمده است: «مقام اداری در هنگام تصمیم‌گیری باید تضمین نماید که تدابیر اتخاذی نسبت به هدف موردنظر متناسب بوده است...» (زارعی، ۱۳۹۳: ۱۶۰-۱۵۹).

دیوان دادگستری اروپایی در موارد متعددی در آرای خود به‌منظور تحلیل معیار تناسب از

1. Human Rights Act of 1998

2. Reasonableness

3. Article 5(1) and 5(4) Consolidated Texts of the EU Treaties as Amended by the Treaty of Lisbon.

4. Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality.

ارزیابی سه مرحله‌ای که اغلب در نظام‌های حقوق داخلی و به‌طور ویژه در نظام حقوقی آلمان مورد استناد قرار می‌گیرد، بهره برده است. برای نمونه دیوان دادگستری اتحادیه اروپا در رأی ۱۱ ژوئیه ۱۹۸۹ خود در قضیه شرادر، تصریح کرد که اصل تناسب یکی از اصول کلی حقوقی جامعه اروپاست. دیوان در ادامه اعلام داشت: «براساس این اصل، اقداماتی که عوارض مالی را برای فعالان اقتصادی وضع می‌کنند تنها زمانی قانونی تلقی می‌شوند که برای تحقق اهداف مشروع پیش‌بینی شده در قوانین متناسب و ضروری باشند. در واقع، هنگامی که انتخاب میان چندین اقدام ممکن باشد، باید اقدامی را که کمتر محدودیت ایجاد می‌کند، اتخاذ کرد و هزینه‌هایی که تحمیل می‌شود نباید در مقایسه با اهداف موردنظر غیرمتناسب باشد» (ECJ, 1989: 21).

بر همین اساس دیوان دادگستری اروپایی در پاراگراف ۱۳ از رأی فدسا ضمن شناسایی تناسب به‌عنوان یک اصل در نظام حقوقی جامعه اروپا، سه عنصر موجود در این اصل را، که همان سه عنصر شکل‌گرفته در نظام حقوقی آلمان هستند، تصریح کرد (ECJ, 1990: 13). رویه فدسا در آرای آینده، از سوی دیوان مجدداً مورد استناد قرار گرفت.^۱

همچنین در رأی امگا دیوان دادگستری اروپایی تصریح کرد که «طبق رویه دیوان، محدودیت‌های وضع‌شده بر آزادی ارائه خدمات از سوی دولت‌های عضو، [...] تنها در صورتی مجازند که به‌واسطه دلایل مهم مربوط به منافع عمومی قابل توجیه بوده، به‌نحوی باشند که دستیابی به اهداف موردنظر را تضمین کنند و فراتر از حدی که برای دستیابی به هدف موردنظر ضروری است نباشند» (ECJ, 2004: 14). از این رو می‌توان گفت اصل تناسب به آن صورتی که در نظام حقوق آلمان قوام یافته، به رویه دیوان دادگستری اروپایی نیز راه یافته است. البته در مواردی دیوان دادگستری اتحادیه اروپا به‌صورت خلاصه و غیردقیق در آرای خود به موضوع اصل تناسب پرداخته، به‌گونه‌ای که نمی‌توان گفت که دادگاه در تمام موارد به‌صورت هماهنگ و یکپارچه اصل تناسب را به‌کار برده است (Henckels, 2015: 47). به‌علاوه برخی دیگر معتقدند بررسی آرای صادره از نهادهای قضایی اتحادیه اروپا حاکی از آن است که اصل تناسب در رویه قضایی دیوان دادگستری اروپایی در حال تغییر و تحول است (زارعی، ۱۳۹۳: ۱۷۸)؛ با وجود این، به‌نظر نمی‌رسد که هیچ‌یک از ایرادات مطرح‌شده به جایگاه اصل تناسب در رویه دیوان دادگستری اروپایی به‌عنوان یک اصل حقوقی که ریشه در نظام‌های حقوقی داخلی داشته است، خللی وارد کند.

۲.۲. معیار تناسب در دادگاه اروپایی حقوق بشر

اصل تناسب در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر نیز به‌خوبی انسجام یافته است. این اصل در مواردی

1. The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise, ECJ, Judgment of The Court (Fifth Chamber), Case C-157/96, 5 May 1998, para. 60.

که دادگاه با موضوعاتی نظیر آزادی عقیده و مذهب، آزادی بیان و آزادی اجتماعات سروکار دارد، نقش آفرینی می‌کند. دادگاه در این موقعیت‌ها چنین اظهار نظر می‌کند که این آزادی‌ها تنها در صورتی قابل محدود شدن هستند که اقداماتی که اتخاذ می‌شوند، در یک جامعه دموکراتیک برای حفظ منفعت عمومی مشخص مانند «امنیت عمومی» یا «امنیت ملی» لازم باشد. دادگاه اروپایی حقوق بشر در دعوی «هندی ساید علیه بریتانیا» تأکید کرد که هر مداخله‌ای که دولت در آزادی بیان ایجاد می‌کند، باید با اهداف مشروعی که از وضع این محدودیت‌ها دنبال می‌کند، متناسب باشد. البته در این دعوا دیوان به‌طور عمیق وارد تحلیل مبتنی بر تناسب نشد (ECHR, 1976). (49) به‌طور کلی دیوان اروپایی حقوق بشر، تحلیل مبتنی بر تناسب را به‌عنوان ابزاری برای نظارت دادگاه بر نحوه استفاده دولت‌ها از «حاشیه صلاحیت»^۱ به‌منظور محدود کردن حقوق بشری افراد به‌کار برده است. (Stone Sweet & Mathews, 2008: 55)

دیوان در دعوی «احمد و دیگران علیه بریتانیا» به تحلیلی دست زد که به واقع مشابه یک مرحله از تحلیل سه‌مرحله‌ای مبتنی بر تناسب، است. در نهایت دادگاه به این نتیجه دست یافت هدفی که دولت از وضع مقررات دنبال می‌کرده است، با میزان اختلالی که در نتیجه وضع آن قوانین بر حق آزادی بیان ایجاد شده است، تناسب دارد (ECHR, 1998: para:II). البته رویکرد دادگاه اروپایی حقوق بشر هم در این مورد از شفافیت کافی برخوردار نیست؛ به این معنا که این دادگاه همیشه به بیان دقیق و مرحله به مرحله تحلیل مبتنی بر تناسب نمی‌پردازد و تصمیمات خود را به‌صورت خلاصه و بدون بیان دقیق جزئیات اتخاذ می‌کند (Henckels, 2015). (47) اگرچه دادگاه اروپایی حقوق بشر در تمام موارد به‌صورت دقیق از الگوی سه‌مرحله‌ای شکل‌یافته در حقوق آلمان استفاده نکرده است، با وجود این کاربرد عناصر اصل تناسب در تحلیل‌های دیوان دست‌کم این نتیجه را به‌دست می‌دهد که دیوان از اصل تناسب با ساختار سه‌مرحله‌ای تأثیرپذیر بوده است.

۳.۲. معیار تناسب در سایر حوزه‌های حقوق بین‌الملل

غیر از حقوق اتحادیه اروپا، معیار تناسب به برخی دیگر از حوزه‌های حقوق بین‌الملل از جمله حقوق بین‌الملل بشردوستانه نیز راه یافته است. ماده (ب) (۵) (۵) پروتکل الحاقی اول از کنوانسیون ژنو شرایطی را برای حمله مسلحانه مقرر می‌دارد، اگرچه در متن ماده^۲ به‌صراحت به عنوان تناسب اشاره نشده است. با وجود این از محتوای ماده برمی‌آید که به‌منظور حمایت از غیرنظامیان

1. Margin of Appreciation

2. Article 51(5)(b) of the First Additional Protocol to the Geneva Convention: "The following types of attacks are to be considered as indiscriminate: b) an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated."

در جریان حملات مسلحانه در صدد برقراری توازن میان مزیت نظامی حاصل از حمله از یک سو، و تلفات افراد غیرنظامی از سوی دیگر، است. این نحوه برقراری تعادل به واقع همانند ارزیابی است که در سومین مرحله از تحلیل مبتنی بر الگوی آلمانی تناسب صورت می‌گیرد (Bucheler, 2015: 78). همچنین دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه مشورتی خود در مورد سلاح هسته‌ای تأکید کرد که توسل به زور باید با رعایت اصول و قواعد حقوق بشر دوستانه صورت گیرد. یکی از این اصول تفکیک نظامی از غیرنظامی و دیگری منع ورود درد و رنج غیرضروری به نظامیان و غیرنظامیان است. منع کاربرد سلاح‌هایی که فاقد پیش‌شرط‌های مقرر در حقوق بشر دوستانه‌اند، به واقع انعکاسی از اصل تناسب می‌باشند (Cottier et al., 2012: 9).

دفاع مشروع نیز از حوزه‌هایی است که تناسب به آن راه یافته است. اعمال حق دفاع مشروع که در ماده ۵۱ منشور مورد اشاره قرار گرفته است، در صورتی قانونی است که دارای شرایطی باشد که از جمله این شرایط وجود ضرورت و تناسب است. این در حالی است که در خود ماده قید تناسب برای دفاع مشروع نیامده است (Cottier et al., 2012: 7).

در چارچوب حقوق دریاهای دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی فلات قاره دریای شمال به معیار تناسب استناد کرده است. در این قضیه دیوان بیان کرد که تحدید حدود دریایی براساس اصل انصاف، در بردارنده میزان معقولی از تناسب است (ICJ, 1969: 101). به علاوه در قضیه رومانی علیه اوکراین دیوان به منظور تحدید حدود دریای سیاه، از روش سه مرحله‌ای استفاده کرد که در مرحله سوم آن، به منظور ارزیابی این موضوع که آیا خط مرزی به دست آمده از روش تحدید حدود، موجب عدم تناسب آشکار میان نسبت طول سواحل طرفین و ناحیه دریایی که به هر یک اختصاص داده می‌شود، شده است یا خیر، از معیار «عدم تناسب» استفاده کرد (ICJ, 2009: 210). این رویه در رأی ۲۰۱۴ دیوان بین‌المللی دادگستری در اختلاف دریایی پرو و شیلی^۱ نیز تکرار شد. دیوان بین‌المللی حقوق دریاهای نیز در رأی ۲۰۱۲ خود در اختلاف بین بنگلادش و میانمار به منظور ترسیم خط منصف، رویه دیوان بین‌المللی دادگستری را در پیش گرفت و از معیار عدم تناسب در سومین مرحله از این روش استفاده کرد^۲ (ITLOS, 2012: 240).

در زمینه اقدام متقابل نیز دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی مشورتی دیوار حائل اعلام کرد که ساخت دیوار «تنها راه» اسرائیل برای در امان ماندن از خطری که به دلیل آن اقدام به ساخت دیوار کرده، نبوده است. دیوان قید «تنها راه» را از معیار ضرورت پیشنهاد شده از سوی کمیسیون حقوق بین‌الملل در ماده 25 طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها گرفت که نسبت به

1. Case Concerning Maritime Dispute between Peru and Chile, International Court of Justice, Judgement, 27 January 2014. Para.180.

۲. اگرچه کاربرد معیار «عدم تناسب» در تحدید حدود دریایی از این منظر که در پی برقراری توازن میان منافع متعارض دو طرف است، با «اصل تناسب» شباهت دارد، با این حال نظر به اینکه عناصر سه‌گانه تحلیل مبتنی بر تناسب در آن اعمال نمی‌شود، می‌توان گفت با اصل تناسب، در معنای مورد نظر این نوشتار، تفاوت دارد.

معیار «روش کمتر محدودکننده» که به واقع مرحله سوم تحلیل مبتنی بر تناسب است، آستانه بالاتری را مقرر می‌دارد (Frank, 2014: 741).

کرافورد در تفسیری که بر طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها نوشته است، مقرر می‌دارد که «تناسب از ملزومات بسیار ضروری است که برای عمل متقابل در نظر گرفته شده و در رویه دولت‌ها، دکترین و رویه قضایی به‌طور گسترده شناسایی شده است» (Mitchell, 2007: 991) این نظر در برخی از آرای دیوان بین‌المللی دادگستری از جمله رأی گابچیکوو-ناگیماروس و فعالیت‌های نظامی علیه نیکاراگوئه تکرار شد (Mitchell, 2007: 992). در نتیجه با نگاه اجمالی به بخش‌های مختلف حقوق بین‌الملل عمومی می‌توان به این نتیجه دست یافت که مفهوم تناسب و عناصر سه‌گانه نهفته در آن، به بخش‌های مختلف حقوق بین‌الملل عمومی راه یافته و جایگاه مطلوبی کسب کرده است.

۲.۴. تناسب در سازمان تجارت جهانی

معیار تناسب در نظام سازمان تجارت جهانی به‌عنوان یک اصل بنیادین در نظر گرفته می‌شود (Mitchell, 2007: 986). در رویه سازمان تجارت جهانی اصل تناسب درصدد برقراری تعادل میان منافع تجاری و منافع غیرتجاری از جمله سلامت انسان، حیوانات یا گیاهان است. اگرچه هیچ‌یک از توافقنامه‌های سازمان تجارت جهانی اشاره صریحی به اصل تناسب نداشته‌اند، مفهوم تناسب در برخی از موافقت‌نامه‌های سازمان^۱ آمده است و هیأت تجدیدنظر سازمان در رویه خود برخی از عناصر پیش‌بینی شده برای تناسب را مورد استناد قرار داده است. از این‌رو برخی صاحب‌نظران آن را از اصول بنیادین نظام تجارت چندجانبه دانسته‌اند (Hilf, 2001: 120-121). از جمله آرای که هیأت تجدیدنظر سازمان تجارت جهانی در آن به اصل تناسب استناد کرده است، قضیه میگو^۲ است. در این رأی هیأت تجدیدنظر سازمان تجارت جهانی به‌منظور تفسیر ماده ۲۰ موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت به مفهوم تناسب اشاره می‌کند؛ بدون اینکه به عناصر این اصل تصریح کند. در این رأی هیأت تجدیدنظر تأکید می‌کند که «هیچ‌یک از حقوق متعارض نباید دیگری را کنار بزند» (WTO Appellate Body, 1998: 159). علاوه بر این، هیأت تجدیدنظر بعد از بررسی اقدام آمریکا در محدود کردن واردات میگو، آن را اقدامی ندانست که دامنه آن برای دستیابی به هدف حفاظت از گونه‌های لاک‌پشت در دریا به شکل غیرمتناسبی وسیع است (WTO Appellate Body, 1998: 141). همچنین در پرونده برزیل تأیر مسئله این بود که آیا ممنوعیت وضع‌شده بر واردات نوع

1. Article 2.2 of the TBT Agreement: "technical regulations shall not be more trade-restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective, taking account of the risks non-fulfilment would create".
2. Appellate Body Report, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (US – Shrimp), WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998

خاصی از تایر از سوی برزیل برای حفظ سلامت انسان و محیط زیست، «ضروری»، در معنای مندرج در ماده (ب) ۲۰ گات بوده است یا خیر. برای پاسخ به این پرسش هیأت تجدید سازمان تجارت جهانی نظر از تحلیل سه مرحله‌ای تناسب استفاده کرد، بدون اینکه به صراحت به واژه «تناسب» اشاره کند؛ از جمله اینکه راه‌های جایگزین نه تنها باید راهی باشد که کمترین محدودیت را برای تجارت ایجاد کند و به همان میزان اهداف دولت از ایجاد محدودیت را تأمین کند (WTO Appellate Body, 2007: 156).

بررسی ضرورت یک اقدام انجام گرفته براساس ماده ۲۰ موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت، در عمل با بررسی عناصری از تناسب، از جمله مناسب بودن و ضرورت همراه است (Vadi, 2018: 84). هیأت رسیدگی سازمان تجارت جهانی در رأی محدودیت واردات سیگار از سوی تایلند، اعلام داشت که وضع محدودیت بر تجارت تنها زمانی ضروری تلقی می‌شود که «هیچ اقدام جایگزینی که با گات سازگار باشد یا کمتر با گات ناسازگار باشد»، برای دستیابی به هدف مورد نظر که حفظ سلامت عمومی است، وجود نداشته باشد (WTO Panel, 1990: 75). بدین ترتیب، هیأت تجدیدنظر سازمان تجارت جهانی به دفعات متعدد از این تحلیل در تصمیم‌گیری‌های خود بهره برده است^۱، به نحوی که می‌توان تحلیل مبتنی بر تناسب را از اصول شکل گرفته و انسجام یافته در چارچوب سازمان تجارت جهانی دانست.

تناسب در حقوق بین الملل سرمایه‌گذاری

در حال حاضر هیچ معاهده فراگیر و جهانی برای نظم بخشیدن به سرمایه‌گذاری خارجی در جهان وجود ندارد. اما مجموعه‌ای حاوی بیش از سه هزار و سیصد موافقت‌نامه بین‌المللی سرمایه‌گذاری^۲، شکل گرفته‌اند که مقررات حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی را تشکیل می‌دهند (UNCTAD, 2018: xiii). از آنجا که معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی که در بردارنده ترتیبات حمایتی از سرمایه‌گذار خارجی‌اند، فاقد وضوح لازم در مورد دامنه و شرایط اعمال این معیارهای حمایتی‌اند، از این رو دیوان‌های داوری راهنمای روشنی در دست ندارند تا براساس آن به ادعاها و دفاعیات طرفین رسیدگی کنند، به همین دلیل به ناچار در چنین موقعیت‌هایی دست به تفسیر می‌زنند (Schill, 2011: 66-67).

برخی از دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری معیار تناسب را به عنوان یک فن قضایی^۳ به منظور تفسیر مقررات مبهم معاهدات سرمایه‌گذاری با هدف برقراری تعادل و توازن میان منافع عمومی دولت‌های میزبان سرمایه از یک سو و منافع خصوصی سرمایه‌گذاران خارجی، از سوی دیگر

1. Appellate Body Report, Korea-Measures Affecting Imports of Fresh Chilled and Frozen Beef, 11 December 2000, WT/DS161/AB/R, para. 174.

2. International Investment Agreement (IIA)

3. Jurisprudential Technique

مورد استناد قرار داده‌اند. البته نهادهای داوری سرمایه‌گذاری بیشتر به مفهوم مستتر در اصل تناسب تکیه داشته‌اند تا اینکه به‌صراحت به عبارت اصل تناسب اشاره‌ای داشته باشند یا اینکه تنها برخی از عناصر این اصل را در تحلیل‌های خود به کار برده‌اند، بدون اینکه خود را مقید به اعمال تمامی عناصر مندرج در این اصل بدانند (Henckels, 2015: 69).

در ادامه به ماهیت داوری‌های سرمایه‌گذاری پرداخته شده و سپس به مواردی از کاربرد این اصل در آرای داوری سرمایه‌گذاری اشاره می‌شود.

۱. معیار تناسب و ماهیت عمومی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری

حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری بخش مهمی از حقوق بین‌الملل عمومی است که بر سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی حاکم است (Vadi, 2018: 4). حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری را از جهات متفاوتی می‌توان به حقوق عمومی داخلی شبیه دانست. از جمله اینکه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری مانند حقوق عمومی داخلی، بر روابط میان فعالان اقتصادی خصوصی و قدرت عمومی حکمفرماست (Schill, 2011: 59).

موضوع یک داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی، اصولاً اختلاف بین نهادهای دولتی از یک سو و اشخاص خصوصی از سوی دیگر است که اغلب یا در حوزه حقوق اداری و در مواردی حقوق اساسی قرار می‌گیرند؛ لذا کارکرد نهاد حل اختلاف در این جایگاه یک کارکرد حقوق عمومی است (Bruke-White, Staden, 2010: 692-693).

ون هارتن^۱ در این مورد معتقد است دعاوی‌ای که در ایکسید مطرح می‌شوند، به ترتیبی هستند که دیوان به بررسی و کنترل اختیارات عمومی از سوی دولت می‌پردازد (White, Bruke- Staden, 2010: 691).

یکی از اصول برگرفته از حقوق عمومی که برخی از نهادهای داوری به‌منظور روشن ساختن تعهدات مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری استفاده کرده‌اند، اصل تناسب بوده است. این اصل به دادگاه‌های بسیاری که وظیفه تفسیر و اجرای هنجارهای مندرج در قانون اساسی یا دیگر هنجارهای پایه‌ای را در برابر دولت‌ها یا سایر نهادهای دولتی داشته‌اند، راه پیدا کرد (Calamita, 2014: 200).

حال که نزدیکی حقوق داوری سرمایه‌گذاری به حوزه حقوق عمومی و در نتیجه صحت کاربرد معیار تناسب، در این حوزه به‌عنوان یکی از معیارهای متعلق به قلمرو حقوق عمومی روشن شد، نمونه‌هایی از کاربرد این اصل در داوری سرمایه‌گذاری که البته نسبت به سایر کاربردهای اصل مزبور در سایر حوزه‌ها جدیدتر است، مورد اشاره قرار می‌گیرد.

1. Van Harten

۲. تناسب در آرای داوری سرمایه‌گذاری

۲.۱. معیار تناسب در دعوای ال. جی. اند ایی

در دعوای ال. جی. اند ایی دیوان داوری ایکسید بر مبنای «شرط تخطی»^۱ مندرج در ماده ۱۱ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری آمریکا-آرژانتین در مورد مسئولیت دولت آرژانتین به علت نقض معاهده مزبور اتخاذ تصمیم کرد. شرط تخطی مندرج در معاهده مقرر می‌داشت چنانچه کشوری در وضعیت بحرانی باشد، دولت مربوطه اختیار اتخاذ اقدامات لازم برای حفظ رفاه عمومی و اجتماعی را داراست. دیوان در این رأی براساس شرط مزبور دفاع ضرورت آرژانتین را پذیرفت و تأیید کرد که اقدامات آرژانتین تنها راه برون‌رفت این کشور از وضعیت بحرانی بوده است (ICSID, 2006: para.257). این در حالی بود که حقایق این پرونده با دعوای پیشین از جمله سی.ام.اس^۲ مشابهت فراوانی داشت. آرای متناقض صادره در این دو دعوا توجه بسیاری به خود جلب کرد (Reinisch, 2010: 148). این امر سبب شد تا صاحب‌نظران بسیاری به فکر طرح راه‌حلی برای پیشگیری از بروز مکرر این مشکل بیفتند.^۳

دیوان در این دعوا تأیید کرد که چنانچه کشوری در وضعیت بحرانی باشد، امکان اتخاذ اقدامات لازم برای حفظ رفاه عمومی و اجتماعی برای دولت وجود دارد لذا دولت مسئولیتی از بابت این اقدامات نخواهد داشت، مگر اینکه اقدامات مزبور آشکارا فاقد «تناسب» با نیازهایی باشد که آن اقدامات برای دستیابی به آنها صورت گرفته است (ICSID, 2006: para.195). رأی ال.جی. اند ایی چندان به تحلیل معیار تناسب نپرداخت، بلکه تنها به آثار اقدامات دولت بر سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران خارجی توجه کرد (Bucheler, 2015: 131) و در پایان آرژانتین را از مسئولیت ناشی از اقداماتی که در فاصله دسامبر ۲۰۰۱ تا آوریل ۲۰۰۳ انجام داده بود، معاف دانست.

۲.۲. معیار تناسب در دعوای کانتیننتال کژالتی

مهم‌ترین رأیی که دیوان داوری ایکسید با تکیه بر شرط تخطی مندرج در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری آمریکا-آرژانتین صادر کرده است، رأی کانتیننتال کژالتی است. مسئله حائز اهمیت این است که دیوان در دعوای کانتیننتال کژالتی تفسیر جدیدی از «معیار تناسب» ارائه داد که متأثر از تفسیر هیات تجدیدنظر سازمان تجارت جهانی از این معیار در ارتباط با

1. Derogation Clause

2. CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, 2005.

۳. برای مطالعه بیشتر رک:

Knahr, Christina; Koller, Christian, "Investment and Commercial Arbitration- Similarities and Divergences", 2010, Eleven International Publishing.

تخطی‌های مجاز از توافقنامه عمومی تعرفه و تجارت (گات)، براساس ماده ۲۰ معاهده، بود. دیوان داوری ایکسید در دعوی کانتیننتال کژالتی رویکرد دیوان‌های سابق در دعوی انرون^۱ و سمپرا^۲ مبنی بر استفاده از حقوق بین‌الملل عرفی در تفسیر ماده ۱۱ معاهده سرمایه‌گذاری آمریکا-آرژانتین را رد کرد (Reinisch, 2010:151).

آنچه رأی کانتیننتال کژالتی را متمایز از آرای سابق کرد، این بود که دیوان برای اولین بار برای ارزیابی دفاع ضرورت مطرح‌شده از سوی آرژانتین، به تفسیر ماده ۲۰ موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت و رویه قضایی سازمان تجارت جهانی تکیه کرد. درحالی‌که در آرای سابق یعنی رأی سی.ام.اس، انرون و سمپرا دیوان از این تفسیر مندرج در ماده ۲۵ طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها استفاده کرد (Reinisch, 2010: 152). مشخصه ماده ۲۵ طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها این است که مقرر می‌دارد اقداماتی که «به‌منظور حفظ منافع حیاتی یک دولت در برابر یک خطر بزرگ و قریب‌الوقوع» اتخاذ می‌شود، باید «تنها راه» موجود برای روبه‌رو شدن با آن موقعیت بحرانی باشد. اما واقعیت این است که اثبات اینکه راه اتخاذشده «تنها راه» ممکن برای پایان دادن به وضعیت بحرانی است، بسیار دشوار، بلکه غیرممکن است. در واقع آستانه‌ای که معیار «تنها راه» ماده ۲۵ طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها مصوب کمیسیون حقوق بین‌الملل برای تعیین وضعیت ضرورت مقرر می‌دارد، بسیار سخت‌گیرانه است، به‌طوری‌که به‌نظر می‌رسد هیچ اقدامی در هیچ وضعیتی نمی‌تواند به آن دست یابد، چراکه در هر شرایطی می‌توان راه‌های جایگزین را تصور کرد (Reinisch, 2010: 153).

این در حالی است که دیوان در رأی کانتیننتال کژالتی برای تفسیر ماده ۱۱ معاهده دوجانبه به معیار «روش کمتر محدودکننده» که متأثر از رویه سازمان تجارت جهانی بود، تکیه کرده است. معیار «روش کمتر محدودکننده» در مقایسه با روش «تنها راه» آستانه پایین‌تری را برای احراز ضرورت در نظر می‌گیرد. براساس معیار «روش کمتر محدودکننده» دیوان به این نتیجه دست یافته که آرژانتین معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری را نقض نکرده است. برخلاف رأی سمپرا و انرون، کمیته ابطال در رأی کانتیننتال رأی صادره از دیوان داوری را ابطال نکرد، درحالی‌که این رأی به شکل شایان توجهی در مقایسه با آرای سابق منافع کشور آرژانتین را در نظر می‌گرفت و به نفع این کشور صادر شده بود (Bucheler, 2015: 25-27).

۳. معیار تناسب در دعوی پی. ال علیه لهستان

در ۲۹ ژوئن ۲۰۱۷ در دعوی پی. ال علیه لهستان که نزد دیوان داوری اتاق بازرگانی استکهلم

1. Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007.
2. Semptra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007.

مطرح شد، اصل تناسب از سوی خواهان مورد استناد قرار گرفت و دیوان نیز به تحلیل وضعیت بر مبنای اصل تناسب پرداخت. در این دعوا خواهان مدعی است که دولت لهستان سرمایه‌گذاری آنها را بدون اینکه غرامت بپردازد، مورد مصادره غیرمستقیم قرار داده و این عمل دولت لهستان را نقض معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری مابین لهستان، پادشاهی بلژیک و دولت لوکزامبورگ دانسته است (SCC, 2017: para. 7).

خواهان بر این عقیده است که اقدامات خواننده در وضع مقررات علیه سرمایه‌گذار مشروع نیست، چراکه این اقدامات «خودسرانه، نامناسب و فاقد تناسب با هدف عمومی مورد تعقیب» بوده است. در خصوص تناسب، خواهان، شدید بودن اقدامات اتخاذی از سوی دولت لهستان و نیز امکان اتخاذ اقداماتی با شدت کمتر از سوی این دولت را مورد اشاره قرار می‌دهد.

در مقابل خواننده بر این اعتقاد است که اعمالی که انجام داده است، همگی در چارچوب حق دولت برای وضع مقررات به منظور تحقق منافع عمومی و نیز کاملاً مطابق با اصل تناسب بوده است. دیوان در بررسی ادعای متناسب بودن یا نبودن اقدامات دولت لهستان به این موضوع تصریح می‌کند که این اصل تا حدود زیادی در نظام‌های حقوقی مختلف، با صورت مشابه شناخته می‌شود. سپس دیوان سه عنصری را که در تحلیل مبتنی بر تناسب باید مورد توجه قرار گیرد، بررسی کرد (SCC, 2017: para. 256).

در پایان دیوان به این نتیجه رسید که اقدامی که دولت لهستان در راستای محروم کردن خواهان از اعمال حق رأی خود به‌عنوان سهامدار انجام داده است، «خفیف‌ترین اقدام ممکن» برای تحقق هدف دولت نبوده است، بلکه دولت گزینه‌های دیگری را نیز برای بازگرداندن نظم به نظام بانکی خود داشته است که آن گزینه‌ها تأثیرات منفی کمتری بر سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران خارجی می‌گذاشته است (SCC, 2017: para.380). از این رو اقدامات دولت میزبان سرمایه، فاقد تناسب با ضرر قریب‌الوقوع بوده است (SCC, 2017: para.389).

نتیجه‌گیری

به‌منظور پاسخ به این پرسش که دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری بر چه مبنایی می‌توانند به معیار تناسب استناد کنند، ماهیت تناسب را به‌عنوان یک «اصل کلی حقوق بین‌الملل» بررسی شد تا از این رهگذر استناد به این معیار، به‌منظور تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری توجیه‌پذیر باشد. شناسایی تناسب به‌عنوان اصل کلی حقوقی ذیل ماده (پ) (۱) ۳۸ در وهله اول مستلزم بررسی نظام‌های حقوق داخلی به‌منظور روشن شدن مقبولیت و جایگاه این اصل در آن نظام‌هاست و در وهله دوم احراز انتقال یا مهاجرت این معیار از حقوق داخلی به حقوق بین‌الملل را می‌طلبد.

اصل تناسب با ساختار سه‌مرحله‌ای، ابتدا از نظام حقوقی آلمان ریشه گرفت و از طریق پیوند حقوقی به حقوق اساسی سایر کشورها - اعم از کشورهای اروپایی و غیراروپایی - انتقال پیدا یافت. در ادامه این معیار از نظام‌های حقوق داخلی به حقوق اتحادیه اروپا مهاجرت کرد. به این ترتیب که در آرای دیوان دادگستری اروپایی و نیز دیوان اروپایی حقوق بشر نمود آشکاری داشت و در حال حاضر به‌عنوان یکی از اصول کلی حقوق اتحادیه اروپا شناسایی شده است. این معیار به سایر بخش‌های حقوق بین‌الملل عمومی از جمله حوزه مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها و حقوق بشردوستانه و حقوق دریاها نیز وارد شده است. همچنین تناسب به یک اصل در چارچوب حقوق سازمان تجارت جهانی تبدیل شده است. معیار تناسب به‌منظور تفسیر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری از سوی برخی از دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری مورد استناد قرار گرفته است. این مورد اخیر جدیدترین حوزه‌ای است که تناسب به آن ورود پیدا کرده است. از این‌رو تناسب گاه در جریان قانونگذاری و گاه در فرایند رسیدگی‌های قضایی وارد قلمروهای جدید شده است، اما مراجع قانونگذاری و دادگاه‌ها اغلب از اشاره به منشأ و خاستگاه این معیار خودداری کرده و تنها مفهوم و عناصر آن را مورد استناد قرار داده‌اند. با وجود این، از نحوه کاربرد معیار مزبور و عناصر سه‌گانه آن، در قوانین و آراء، می‌توان مسیر حرکت این معیار را از نظام حقوقی آلمان به نظام‌های حقوق داخلی و نیز به بخش‌های مختلف حقوق بین‌الملل دنبال کرد.

با دنبال کردن ردپای معیار تناسب در حقوق اساسی کشورهای مختلف و سپس سایر بخش‌های حقوق بین‌الملل، می‌توان پذیرفت که تناسب دارای ویژگی‌های یک اصل کلی حقوق بین‌الملل در معنای ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری است. چراکه هم مورد پذیرش بیشتر نظام‌های حقوقی جهان است و نیز به بهترین وجهی از نظام‌های حقوقی داخلی به حقوق بین‌الملل انتقال یافته است. از این‌رو دیوان‌های داوری بین‌المللی می‌توانند اصل تناسب را به‌عنوان یک اصل کلی حقوق بین‌الملل، براساس ماده ۳۱ کنوانسیون وین حقوق معاهدات به‌عنوان یک اصل کمکی برای تفسیر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و به‌منظور برقراری توازن میان منافع متعارض دولت‌های میزبان سرمایه و سرمایه‌گذاران خارجی مورد استناد قرار دهند.

منابع

۱. فارسی

الف) کتاب‌ها

۱. شمس، عبدالله (۱۳۹۶)، *آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته*، چ چهلم، تهران: دراک.
۲. مرادی برلیان، مهدی (۱۳۹۲)، *اصل تناسب در نظام حقوقی اتحادیه اروپایی با نگاهی به آرای دیوان عدالت اداری ایران*، تهران: خرسندی.

۳. مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه (۱۳۹۶)، مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات حقوقی کاربردی، ج ۵، چ دوم، تهران.

ب) مقالات

۴. رجب، محمدعلی (۱۳۹۶)، «اصل تناسب تأمین و جایگاه آن در نظام دادرسی کیفری ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، ش ۹۸.
۵. رستمی، ولی (۱۳۹۵)، «نقد و بررسی دیدگاه‌های کاربرد اصل تناسب در نظارت قضایی ایران»، *فصلنامه تخصصی دین و قانون*، ش ۱۲.
۶. زارعی، محمدحسین (۱۳۹۳)، «مفهوم و جایگاه اصل تناسب در حقوق اداری با نگاه ویژه به نظام حقوقی اتحادیه اروپایی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ش ۶۶.
۷. سبزواری نژاد، حجت (۱۳۹۶)، «جایگاه اصل تناسب جرم و مجازات در حقوق کیفری ایران و انگلستان»، *دوفصلنامه علمی-پژوهشی دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ش ۷۷ و ۷۸.

۲. انگلیسی

A) Books

1. Bucheler, Gebhard (2015), *Proportionality in Investor-state Arbitration*, London, Oxford University Press.
2. Brady, Alan D.P., (2012), *Proportionality and Deference under the UK Human Rights*, London, Cambridge University Press.
3. Burke -White, William; Staden, Andreas Von, (2010), "The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitration", in *International Investment Law and Comparative Public Law*, Edited by: Stephan W. Schill, London, Oxford University Press.
4. Henckels, Caroline, (2015), *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration*, London, Cambridge University Press.
5. Kingsbury, Benedict & Schill, W. Stephan (2010), "Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest - The Concept of Proportionality", in S Schill (ed), *International Investment Law and Comparative Public Law*, London, Oxford University Press.
6. Knahr, Christina & Koller, Christian (2010), *Investment and Commercial Arbitration- Similarities and Divergences*, Eleven International Publishing.
7. Kotuby Jr, Charles T., Sobota, Luke A., (2017), *General Principles of Law and International Due Process*, Oxford University Press.
8. Moradi berelyan, Mahdi (2013), *The Principle of Proportionality in the European Union Legal Regime, with a special focus on the Judgments rendered by the Administrative. Court of Justice of Iran*, Tehran (*in persain*).
9. Reinisch, August (2010), *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol.41.

10. The Judiciary Centre for Press and Publications (2017), *The Collection of Amended Practical Laws and Regulations*, Vol. 5, Second edition, Tehran (in persain).
11. Shaw QC, Malcolm N., (2006), *International Law*, Cambridge University Press, Sixth Edition.
12. Urbina, Francisco J., (2017), *Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge University Press.
13. Vadi, Valentina (2018), *Proportionality, Reasonableness and Standard of Review in International Investment Law and Arbitration*, Edward Elgar Publishing.
14. Shams, Abdollah (2017), *Advanced Civil procedural Law*, 40th edition, Tehran: Derak publication (in persain).

B) Articles

15. Bruke-White, William W., and A. von, Staden (2010), "Private Litigation in Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State rbitration", *Yale Journal of International Law*, Vol. 35.
16. Calamita, N.Jansen; (2013-2014), "The Principal of Proportionality and the Problem of Indeterminacy in International Investment Treaties", in *Yearbook on International Investment Law and Policy*.
17. Carter, Anne, (2016) "Proportionality in Australian Constitutional Law: Towards Transnationalism?", *ZaöRV*, Vol.76, pp. 951-966.
18. Cottier, Thomas and others, (2012), "The Principle of Proportionality in International Law", *neer trade regulation, Swiss National Center of Competence Research*, Working paper No. 2012/38. pp. 1-34.
19. Fish, Morris J., (2008), "An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment", *Oxford Journal of Leal Studies*, Vol. 28.
20. Frank, Thomas M., (2008), "On Proportionality of Countermeasure in International Law", *The American Journal of International Law*, Vol. 102, No. 4, pp. 715-767.
21. Gazzini, Tarcisio, "General Principles of Law in the Field of Foreign Investment" (2009), *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 10, No.1.
22. Hilf, Meinhard, (2001), "Power, Rules and Principle- Which Orientation for WTO/GATT Law?" *Journal of International Economic Law*, 111-130.
23. Hirsch, Moshe, (2011), "Sorces of International Investment Law", *Interational Law Association Study Group in the Role of Soft Law Instruments in Investment Law*, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1892564>.
24. Jackson, Viki. C., (2015), "Constitutional Law in an Age of Proportionality", *Yale Law Journal*, Vol. 124, Issue 8.
25. Kolb, Robert,(2006), "Principles as Sources Of International Law (With Special Reference To Good Faith)", *Netherlands International Law Review*, LIII: 1-36.
26. Mitchell, Andrew D., (2007), "Proportionality and Remedies in WTO Disputes", *European Journal on International Law*, Vol. 17, No. 5.
27. Ranjan, Prabhash (2014), "Using the public Law Concept of Proportionality to

Balance Investment Protection with Regulation in International Investment Law: A Critical Appraisal”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Vol.3, Issue 3.

28. Rivers, Julian, “Proportionality and Variable Intensity of Review” (2006) 65, *Cambridge LJ* 174-207.
29. Rajab, Mohammad Ali (2017), “The Principle of Proportionality of Bails in Iranian Criminal Procedure”, 10.22106/JLJ.2017.26775, *The Judiciary Law Journal*, No. 98 ([in persain](#)).
30. Rostami, Vali (2016), “Criticizing and Analyzing the View Points on the Application of the Principle of Proportionality in Judicial Monitoring in Iran”, *Quarterly Journal Religion and Law*, No. 12 ([in persain](#)).
31. Sabzevarinejad, Hojat (2017), “The Status of the Principle of Proportionality of Crime and Punishment in the Criminal Law of Iran and United Kingdom”, *Journal of the Viewpoints of Judicial Law*, No. 77-78 ([in persain](#)).
32. Schill, Stephan.W, (2011), “Enhancing International Investment Law’s Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach”, *Virginia Journal of International Law*, Vol.52.
33. Schlesinger, Rudolf, “Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations”, (1957), Vol.51, *American Journal of International Law*.
34. Vadi, Valentina, (2015), “the migration of constitutional ideas to regional and international economic law: the case of proportionality”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, Vol.24.
35. Zarei, Mohammad Hossein (2014), “The Concept and Status of the Principle of Proportionality in the Administrative Law with a Special Focus on the EU Legal System”, *Legal Research Quarterly*, No. 66 ([in persain](#)).

C) Votes

36. Brazil-Measures Affecting Imports of Retreated Tyres’, AB-2007-4, Report of the Appellate Body, WT/DS332/AB/R, 3 December 2007.
37. European Communities- Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products, Appellate Body Report, WT/DS135/AB/R, 12 March 2001.
38. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment, Merits, 27 June 1986, ICJ Reports 1986.
39. CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, 2005.
40. Coleman v Power, High Court of Australia, HCA 39, Judgment, 1 September 2004.
41. Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal, International Tribunal for the Law of the Sea, Judgement, Case No.16, 2012.
42. Handyside v. The United Kingdom, ECHR, 7 December 1976.
43. Ahmed and Others v. the United Kingdom – 22954/93, ECHR, 2 September 1998.

44. Huang v Secretary of State for the Home Department, UK House of Lords 11. 21 March 2007.
45. Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG v Hauptzollamt Gronau, Case C-265/87, Judgment of the Court (Fifth Chamber), 11 July 1989.
46. Lange v Australian Broadcasting Corporation, High Court of Australia, 1997.
47. Korea-Measures Affecting Imports of Fresh Chilled and Frozen Beef, , Appellate Body Report WT/DS161/AB/R, 11 December 2000;
48. LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic, Decision on Liability, ICSID Case No ARB/02/1, 3 October 2006.
49. Maritime Delimitation in The Black Sea (Romania V. Ukraine), Judgment, ICJ reports, 3 February 2009.
50. McCloy v New South Wales, Australian High Court's Judgement, 7 October 2015.
51. North Sea Continental Shelf (Germany v. Denmark, Germany v. Netherlands), Judgment, ICJ, 20 February 1969.
52. Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, ECR Judgement, Case C-36/02, 2004.
53. PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland, SCC Case No. V 2014/163, 2017.
54. R (F) (Respondents) v. Secretary of State for the Home Department (Appellant), UK Supreme Court 17, Judgment, 21 April 2010.
55. R. v. Oakes v David Edwin Oakes, Supreme Court of Canada, 1 S.C.R. 103, 28 February 1986.
56. *The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food ex Parte Fedesa*, ECJ, Case C-331/88, 1990.
57. Thailand - Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes, (DS10/R - 37S/200), Report of the Panel dated 5 October 1990.
58. United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (US – Shrimp), Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R, 6 November 1998.