



فهرست

عقد و کالت در ایران و فرانسه ● ۲

تأثیر جنگ بر معاهدات بین المللی از دیدگاه حقوق بین الملل و اسلام ● ۴

نقد و بررسی نظام‌های حقوقی کامن‌لا و رومی ژرمنی ● ۱۴



میزان

نشریه علمی تخصصی انجمن علمی دانشجویی فقه و مبانی حقوق اسلامی - بهار ۹۷ - شماره ۱۱

صاحب امتیاز: انجمن علمی فقه و مبانی حقوق
زیر نظر: امور فرهنگی دانشگاه الزهراء (س)
استاد راهنما: زهرا سادات میر هاشمی
مدیر مسئول: فریما سادات خطیبی
سر دبیر: زینب خسروی قر

هیئت تحریریه: فریما سادات خطیبی، زینب خسروی قر، مریم خدایی و فاطمه اسدی
کارشناس نشریات: سرکار خاتم وزیری
جاب: دامون

آدرس: ونک، میدان شیخ بهایی، دانشگاه الزهراء (س) - ساختمان خوارزمی
تلفکس: ۸۸۶۱۷۵۳۶

عقد وکالت در ایران و فرانسه

رسول رضایی

ماده ۱۹۸۴ قانون مدنی در اصطلاح «انجام کاری» نیز مبهم است: این اصطلاح باعث می‌شود این تصور به وجود آید که وکالت می‌تواند هر موضوعی داشته باشد، یعنی هم اعمال مادی و هم اعمال حقوقی. اما در حقیقت، با تصریح به اینکه وکیل به نام موکل عمل می‌کند (و نه فقط به حساب او)، ابهام را از این جهت برمی‌دارد: آن نشان می‌دهد که موضوع این عقد، علی‌الاصول نمی‌تواند چیزی جز انجام اعمال حقوقی باشد.

علاوه بر آنکه تعریف قانون مدنی مبهم است، از چندین نظر ناقص می‌باشد. در وهله اول، آن تنها از یکی از دو طرف عقد نام می‌برد: موکل (طرف دیگر که وکیل است، تنها به نام به شدت خشنای «شخص» مشخص شده است؛ ولی این امر

استفاده از خدمت دیگری از دیر باز در تمامی دنیا در تجارت معمول بوده است. هنگامی که این خدمت شامل انجام یک عمل حقوقی باشد، در حقوق توسط وجود نمایندگی و به طور دقیق‌تر توسط عقد وکالت از آن تعبیر می‌شود. با وجود آنکه این عقد کاربرد قابل ملاحظه‌ای دارد، در حقوق طبیعی مفهوم روشنی برای آن متصور نیست؛ به عنوان مثال وکالت در شکل امروزی آن در رم ناشناخته بود. قانون مدنی کشور فرانسه این عقد را این‌گونه مشخص می‌سازد: «وکالت عقدی است که توسط آن شخصی به دیگری توانایی انجام کاری را برای موکل و به نام او می‌دهد» (ماده ۱۹۸۴، بند اول).^۴

از ماده ۱۹۸۴ این‌گونه برمی‌آید که وکیل لزوماً یک شخص، حقیقی یا حقوقی است. دلیل اینکه ذکر چنین حقیقت مسلم و پیش پا افتاده‌ای لازم آمده است، آن است که برخی نویسندگان (که آن‌قدر بی‌رحم نیستیم نام آن‌ها را ذکر کنیم) در نوشتن خلاف آن تردید کرده‌اند، به این صورت که تصریح می‌کنند در خصوص عقود که به طور الکترونیکی منعقد می‌شود یک پردازنده (که به طور عام‌تر رایانه نامیده می‌شود) می‌تواند وکیل قرار بگیرد! بیایید به حقوق برگردیم.

تعریف وکالت در قانون مدنی صحیح ولی مبهم و ناقص است. وکالت و *procuracion* مترادف نیستند: کلمه لاتین اخیر، توانایی را نشان می‌دهد که موکل به وکیل اعطا می‌کند؛ امروزه در رویه عملی، کلمه *procuracion* دیگر هیچ‌گاه برای مشخص کردن سند نوشته (*instrumentum*) که توانایی داده شده به وکیل را محقق می‌سازد، به کار نمی‌رود (*procuracion* به خودی خود در معنای مضیق کلمه یک عقد یک‌جانبه است).



میزان

نشریه علمی تخصصی انجمن علمی دانشجویی فقه و مبانی حقوق اسلامی - بهار ۹۷ - شماره ۱۱

در مجموع، وکالت عقد رضایی، دوجانبه و «در عوض شخصیت طرف» (خدمت دوستانه) است که توسط آن موکل به وکیل خود که این تعهد را می‌پذیرد، توانایی می‌دهد که برای او و به نام وی عملی را تحت عنوان نمایندگی متعقد سازد.

قانون مدنی ایران هم که ۱۰۰ سال بعد از قانون مدنی کشور فرانسه نگارش شده است دقیقاً در تعریف وکالت همان اشتباهات را تکرار می‌کند. در ماده ۶۵۶ می‌خوانیم: «وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید». این در حالی است که قانون مدنی جدید کبک مقرر می‌دارد: «وکالت عقدی است که توسط آن شخصی، موکل، توانایی نمایندگی از وی در عملی حقوقی با شخص ثالثی را به شخص دیگری، وکیل، می‌دهد که با عمل قبول او ملزم به اجرای آن می‌شود». این فرمول به طور ضمنی، شخص ثالثی که وکیل با او وارد معامله شده است را وارد می‌سازد، آنچه پیچیدگی این عقد را نشان می‌دهد.

در موارد دیگر ذکر شده است). از سوی دیگر، این ماده از رضایی و دو جانبه بودن این عقد حرفی به میان نمی‌آورد؛ همچنین مشخص شده است که این عقد عموماً intuitu personae منعقد می‌شود یعنی «شخصیت وکیل انتخاب شده عنصری اساسی از این عقد را تشکیل می‌دهد». با این همه این تقیصدها بی‌اهمیت است. در این ماده از ضرورت قبول وکالت‌نامه توسط وکیل برای انعقاد عقد نیز سخنی به میان نیامده است. این تصریح در بند ۲ ماده ۱۹۸۴ قانون مدنی آورده می‌شود ولی بی‌تردید بهتر بود که در بدنه تعریف جای می‌گرفت. بیشترین نقص این ماده، عدم تصریح نمایندگی است؛ نمایندگی اساس وکالت است که به صورت لولا و بالذات می‌تواند شامل اعمال حقوقی گردد؛ این دو جنبه به صورت تنگاتنگی به هم مربوطند. قانون صراحتاً از آن حرفی نمی‌زند.



تأثیر جنگ بر معاهدات بین‌المللی از

با تاکید بر جنگ عراق علیه ایران و معاهده ۱۹۷۵ الجزایر

میثم نوروزی



مقدمه

به رغم عزم ملل متحد به محفوظ داشتن جهان از بلاهای جنگ و مصایب آن که به بیان در نمی‌گنجد، جنگ همچون همیشه تاریخ، واقعیت دردناک زندگی بشر در نیمه دوم سده قرن بیستم باقی ماند. تاکنون بیش از یکصد جنگ چه آن‌هایی که جنبه بین‌المللی داشته‌اند و چه جنگ‌های داخلی روی داده است که غیر از تلفات مادی و نابودی میلیون‌ها انسان، اساس آن صلح و پیشرفت را از بیخ و بن برکنده است. جنگ و توسل به زور که در دوران گذشته و به لحاظ حقوق بین‌الملل کلاسیک، اصل حاکم بر روابط میان کشورها بوده، امروزه همچون عامل مخرب روابط بین‌الملل و در نتیجه ناقض مقررات حقوق بین‌الملل شناخته شده است.

۴

میران

نشریه علمی تخصصی انجمن علمی دانشجویی فقه و مبانی حقوق اسلامی - بهار ۹۷ - شماره ۱۱

البته حقوق بین‌الملل علی‌رغم پذیرش اصل ممنوعیت توسل به زور و تحریم جنگ در مواردی مبادرت به جنگ را مشروع و قانونی دانسته است. در مورد جنگ دو نظریه اقراطی وجود دارد: عده‌ای جنگ را مطلقاً محکوم می‌کنند و عده‌ای دیگر بدون هیچ‌گونه قید و شرطی از آن تجلیل به عمل می‌آورند. البته نظریه بینابینی نیز مطرح است که به موجب آن، جنگ در برخی حالات مضر، لیکن لازم است. عقاید دانشمندان حقوق بین‌الملل منعکس‌کننده این گوناگونی است:

(الف). از دید برخی از دانشمندان (مخصوصاً دانشمندان مکتب ناسیونال سوسیالیست) جنگ یک پدیده مافوق حقوق است.

(ب). از نظر بسیاری از دانشمندان مکتب حقوق موضوعه، جنگ نسبت به حقوق یک پدیده بیگانه است.

دیدگاه حقوق بین الملل و اسلام

هم نمی توان یافت که دلالت یا اشاراتی به آن داشته باشد که باید با توسل به جنگ به اهداف خود رسید. البته حقوق اسلام در موارد استثنایی، مبادرت به جنگ را مشروع تلقی می نماید.

پس بنابراین جنگ به عنوان یک واقعیتی انکار نشدنی و مذموم در روابط بین کشورها می باشد که ممکن است بر روی بسیاری از مسائل در ارتباط با کشورها، تاثیرگذار گردد. که در این تحقیق به سایر مسائلی که می تواند جنگ تاثیرگذار باشد پرداخته نخواهد شد. بلکه تنها به تاثیر جنگ مسلحانه بر روی معاهدات بین المللی از دیدگاه حقوق بین الملل و اسلام، و آن هم با تاکید بر جنگ عراق علیه ایران به عنوان دو کشور مسلمان، پرداخته خواهد شد. و در آخر مطالب را با یک نتیجه گیری به پایان خواهیم برد.

ج). بالاخره دکترین حاکم پس از انعقاد پیمان برین-گلوک این است که جنگ پدیده ای مخالف حقوق است که خصیصه اساسی آن این است که نه ماقوق و نه ملوراء حقوق، بلکه کاملاً ضد حقوق است. علی رغم نظریات ضد و نقیض مطروحه، امروزه جنگ به عنوان یک واقعیت، دارای مفهوم حقوقی است.

در منشور ملل متحد هم که در (ماده ۲ بند ۴) اعضاء متعهد گردیده اند که ((در روابط بین المللی خود از تهدید به زور یا استعمال آن علیه تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی هر کشوری یا از هر روش دیگری که با مقاصد ملل متحد مبیانت داشته باشد)) خودداری کنند. در منشور به جای جنگ یا توسل به جنگ از عبارت ((تهدید به زور یا استعمال آن)) استفاده گردیده شده است.

و اما از لحاظ حقوق اسلام، در قرآن کریم حتی یک آیه



● تعریف جنگ از دیدگاه حقوقی

جنگ یکی از جلوه‌های بارز توسل به زور است. فرهنگ اصطلاحات حقوق بین‌الملل، توسل به زور را به دو صورت مضیق و موسع تعریف کرده است:

توسل به زور در مفهوم نخست، عبارتست از هر گونه عمل قهرآمیزی که نتوان آن را اقدامی نظامی قلمداد کرد. اما در مفهوم دوم، کلیه تدابیر و عملیات نظامی، از جمله جنگ را نیز شامل می‌گردد.

بنابراین جنگ را می‌توان از دید تاریخی، سیاسی، اقتصادی، نظامی، جامعه شناختی، ماوراء الطبیعه و علم اخلاق مورد مطالعه و بررسی قرار داد. طبق نظر مورد قبول، در جنگ یک پدیده آسیب شناسی اجتماعی و یک عامل تغییر شکل سیاسی دیده می‌شود. این عامل تغییر شکل سیاسی، تجلی بسیار والای اراده کشوری است و جنگ یک خصیصه فوق‌العاده حاکمیت کشوری می‌باشد. ریمون آرون جنگ را یک اقدام اجتماعی می‌داند که ناشی از اراده اجتماعات سیاسی سازمان یافته است که به منظور غلبه یکی بر دیگری تحقق می‌پذیرد. طبیعی است ملاحظات مذکور از دید حقوقدانی که نظرش باید معطوف و محدود به مفهوم حقوق جنگ باشد، مورد توجه نیست.

در حقوق بین‌الملل، جنگ شیوه اجبار همراه با اعمال قدرت و زور است که می‌توان آن را از نظر حقوقی چنین تعریف کرد: جنگ به عنوان «ابزار سیاست ملی»، مجموعه عملیات و اقدامات قهرآمیز مسلحانه‌ای است که در چارچوب

متناسبات کشورها (دو یا چند کشور) روی می‌دهد و موجب اجرای قواعد خاصی در کل متلسبات آن‌ها با یکدیگر و همچنین با کشورهای ثالث می‌شود. در این جهت، حداقل یکی از طرفین مخاصمه در صدد تحمیل نقطه نظرهای سیاسی خویش بر دیگری است. به این ترتیب، عملیات قهرآمیز مسلحانه وسیله و هدف تحمیل اراده مهاجم است. از تعاریف ارائه شده در بالا می‌توانیم این چنین بیان داریم که جنگ به عنوان یک واقعیتی استثنای و پدیده‌ای طبیعی می‌باشد که در طول تاریخ به کرات رخ داده است و به عنوان یک پدیده‌ای فراطبیعی جلوه‌گر نمی‌نماید بلکه پدیده‌ای طبیعی می‌باشد. در طول تاریخ جنگ‌های متعددی اعم از داخلی و بین‌المللی رخ داده است که منجر به کشته و زخمی شدن هزاران هزار انسان شده است.

ویژگی جنگ، استثنایی بودن آن می‌باشد و طبعاً قواعد مربوط به آن هم که به عنوان حقوق جنگ شناخته می‌گردد، قواعدی استثنایی می‌باشد. حقوق جنگ شامل مجموعه اصول و قوانندی است که حاکم بر روابط میان کشورهای متخاصم با یکدیگر و یا میان کشورهای متخاصم با کشورهای بی‌طرف می‌باشد که کشورهای درگیر و بی‌طرف را به نوعی ملزم به رعایت آن حقوق می‌نماید.

بررسی حقوق جنگ از دیدگاه اسلام و حقوق بین‌الملل اسلام به عنوان یک دین کامل و جامع، همان‌گونه که برای سایر امور برنامه دارد برای جنگ و دفاع هم مقررات و برنامه خاصی دارد و در قرآن و سنت و فقه تاریخ اسلام به صورت مفصل درباره آن بحث شده است. اسلام توسل به

در جهاد ابتدایی بحث توسعه و نفوذ اسلام مطرح است و منافع فردی و شخصی نیست که نتوان به آن مبادرت نمود. و اما از دیدگاه حقوق بین‌الملل، در اصل، توسل به زور و تجاوز و اشغال ممتنع است ولی دفاع مشروع فردی و جمعی و دفع تجاوز و عملیات نظامی برای حفظ صلح امنیت بین‌المللی، در ماده ۵۱ منشور ملل متحد مجاز شناخته شده است. در میثاق ملل متحد و منشور ملل متحد و سایر قراردادهای و اسناد بین‌المللی بر این امر تأکید شده است و در منشور ملل متحد، شورای امنیت ضامن حفظ و بقای صلح معرفی شده است. ولی آنچه در میثاق و منشور و کنوانسیون‌ها و معاهدات آمده با آنچه واقعیت عینی دارد مغفول است و سازمان ملل و شورای امنیت آن، از سیاستگری و بی‌عدالتی و گرایش به قدرت‌ها و ابر قدرت‌ها مصون نموده است و با برخوردهای چندگانه و تبعیض در مسائل بین‌المللی، روزه امید کشورهای ضعیف را مسدود نموده است.

و اما در مقایسه بین دیدگاه اسلام و حقوق بین‌الملل درباره جنگ‌های مشروع، نظر اسلام عادلانه‌تر و منطقی‌تر و عملی‌تر است و از ضمانت اجرای بهتری برخوردار است. ضمانت اجرایی که در عمق جان و بلور مسلمانان ریشه دارد. اسلام جنگ را تنها راه حل نمی‌داند بلکه آن را آخرین راه حل می‌داند و معتقد است پیشگیری از وقوع جنگ، بهتر از خوب جنگیدن و خوب دفاع کردن است و به همین دلیل به مسلمانان توصیه می‌نماید که تا حد امکان و توان آمادگی رزمی خود را خود را حفظ و دشمنان خدا و رسول و دشمنان خود را مایوس نمایند و با مرابطه و ماتوره‌های بزرگ و کوچک آگاهی و هشیاری خود را به دشمنان اعلام نمایند. تا حالت ترسی در بین دشمنان شما به وجود آید تا به شما قصد تجاوز و حمله نداشته باشند.

و اینکه نظر اسلام و حقوق بین‌الملل درباره ضرورت اعلان جنگ، مشابه است. آغاز جنگ آثار حقوقی فراوانی دارد که اهم آن‌ها عبارتند از قطع روابط دیپلماتیک بین متخاصمان، حق مصادره و ضبط اموال طرف‌های درگیر توسط طرف مقابل، اخراج اتباع دول متخاصم از سرزمین طرف دیگر، پایان یا تعلیق قراردادهای بین‌المللی و لزوم بی‌طرفی کشورهای ثالث نسبت به جنگ. جنگ بر روابط خصوصی اتباع طرف‌های متخاصم نیز تأثیر می‌گذارد و موجب توقف مبادلات بازرگانی و رفت و آمدهای بین آن‌ها می‌شود. اموال

زور و تجاوز را مردود می‌داند ولی دفاع و جهاد آزادی‌بخش را با شرایطی واجب و لازم می‌شمرد؛ سیره عملی رسول خدا(ص) و امامان معصوم بیانگر وجوب آن است. جنگ‌های مجاز اسلامی عبارتند از: جهاد دفاعی با غیرمسلمانان، جهاد دفاعی با یغیان مسلمان و جهاد آزادی‌بخش و یا جهاد ابتدایی. اکثریت قریب به اتفاق جنگ‌های زمان پیامبر اکرم(ص) و حضرت علی(ع) و امام حسن و امام حسین جنبه دفاعی داشته‌اند. اسلام برای جهاد و مجاهدات ارزش و اعتبار زیادی قائل شده است و حتی در قرآن، آیاتی در این باب پرداخته شده است. هدف از جهاد اسلامی، دفع تجاوز و یا پیشگیری از آن و یا برداشتن موانع از سر راه پیشرفت اسلام است و کشورگشایی و غارت و چپولگری و تجاوز و ستمگری در آن راه ندارد. زیرا اگر چنین باشد اسلام به عنوان دین خشونت و جنگ معرفی می‌گردد و در واقع اسلام دین سلم و آشتی و صلح است و در آن خشونت راه ندارد.

جهاد دفاعی اصولاً منوط به اذن کسی نیست و تمام مسلمانان اعم از زن و مرد و پیر و جوان و حتی بیمارانی که توان حمل سلاح یا کمک به سایر رزمندگان را داشته باشند موظف به شرکت در آن هستند و در عرصه بین‌المللی هم مشروع می‌باشد. در جهاد دفاعی با متجاوزان داخلی که بر علیه امام عادل قیام مسلحانه نموده‌اند، اذن امام یا نایب و نماینده آن لازم است.

و اما در جهاد ابتدایی حضور و اذن امام معصوم و نایب او لازم است و شرکت مسلمانان در آن واجب کفایی است و با اعلان قبلی و مهلت کافی و اتمام حجت همراه با دعوت به اسلام و یا پذیرفتن شرایط صلح و عدم پذیرفتن آن توسط دشمنان آغاز می‌شود.

جهاد ابتدایی بر بیماران، پیران فرتوت، کوران و شلان و کسانانی که برای تلمین هزینه زندگی افراد تحت تکفل خود و تهیه وسیله سفر مشکل دارند واجب نیست. زیرا در اسلام شرایطی را برای رزمندگان در جنگ ابتدایی به میان آورده است که با توجه به شیعه و سنی بودن افراد مغفول می‌باشد. جهاد ابتدایی از نظر زمان و مکان محدودیت‌هایی دارند و قبل از اقدام دشمن، در ماه‌های حرام و حرم مکه آغاز نمی‌شود ولی اگر دشمنان پیش‌دستی کنند این ممنوعیت از بین می‌رود. و این در واقع نشان از اهمیت است که اسلام برای جهاد ابتدایی قائل شده است. زیرا که

خصوصی اتباع متخاصمان جز در موارد ضرورت نظمی و با پرداخت خسارت عادلانه از تعرض مصون و محفوظ است. اشغال و تجاوز نظمی به سرزمین دیگران از نظر اسلام و حقوق بین‌الملل محکوم است ولی علیرغم این محکومیت‌ها، عملاً شلهد آن هستیم. حقوق اسلام برای سرزمین‌هایی که در جهاد فتح می‌شوند دستورات و قواعد و مقررات دقیقی دارد که با توجه به نوع مقابله و مقاومت دشمن در برابر مجاهدان رفتار با آن‌ها متفاوت است. اراضی فتح شده و تمام آنچه که در آن است غنیمت جنگی محسوب می‌شود ولی زمین‌های آباد در زمان فتح برای همیشه به عنوان وقف بر عموم مسلمانان باقی می‌ماند و خراج آن به مصرف امور عام‌المنفعه مسلمانان می‌رسد.

در بحث ضمانت اجرای حقوق جنگ در اسلام و حقوق بین‌الملل قواعد و مقرراتی وجود دارد که در مقام مقایسه، قوانین و مقررات اسلام بسیار پیشرفته‌تر و دقیق و عملی‌تر است و از ضمانت اجرای بهتری برخوردار است. در رابطه با پرداخت غرامت و خسارت جنگی نیز در هر دو سیستم حقوقی ضوابط و مقرراتی وجود دارد که در این باره هم حقوق اسلام دقیق‌تر، پیشرفته‌تر و عادلانه‌تر است و کاملاً به آن عمل شده است ولی در نظام حقوق بین‌الملل هنوز قوام و سامان نیافته و به صورت عادلانه به آن عمل نمی‌شود. زیرا حقوق بین‌الملل در ارتباط با ملل مختلف، با هر دیدگاه و تفکری می‌باشد ولی در حقوق اسلام که طرفین آن بیشتر مسلمانان می‌باشند پس بهتر به آن عمل می‌نمایند.

در زمینه حقوق معاهدات نظمی حقوق اسلام بسیار غنی است و آیات و روایات و تفاسیر و سیره عملی معصومین و نظرات فقهی گواه این غنی می‌باشد و در مقایسه با حقوق معاهدات نظامی پایان جنگ از دیدگاه حقوق بین‌الملل، بسیار پیشرفته‌تر و شفاف‌تر و دقیق‌تر است و در بسیاری از موارد، موضوعات پایان جنگ در حقوق بین‌الملل و حقوق اسلام با هم شبیه هستند و حتی عنوان مشابه دارند. تفاوت حقوق اسلام با حقوق بین‌الملل درباره حقوق جنگ در منشأ و اهداف و ضمانت اجرایی آن‌ها می‌باشد.

■ تأثیر جنگ بر روابط بین کشورها

وقوع جنگ نه تنها آثار مهم و اساسی بر روابط کشورهای متخاصم با یکدیگر می‌گذارد، بلکه بر کشورهای ثالث نیز تاثیر می‌بخشد.



میزان

نشریه علمی تخصصی انجمن علمی دانشجویی فقه و مبانی حقوق اسلامی - بهار ۹۷ - شماره ۱۱

جنگ در رابطه با کشورهای متخاصم آثار زیر را بر جای می‌گذارد.

۱. قطع روابط دیپلماتیک و کنسولی.

یکی از جلوه‌های اساسی و مهم میان کشورها روابط دوستانه و مسالمت‌آمیز میان آن‌ها می‌باشد. اما بروز جنگ که تجلی غیرقابل اعراض روابط خصمانه و غیر مسالمت‌آمیز میان کشورهاست. نمی‌تواند با روابط دیپلماتیک و کنسولی هم‌سوئی داشته باشد. در نتیجه به محض ایجاد جنگ روابط دیپلماتیک و کنسولی کشورهای متخاصم خود به خود و بدون نیاز به اعلام صریح قطع می‌شود. اما در عمل ممکن است در مواردی هم این‌گونه نباشد. از جمله در جنگ ایران و عراق که نمایندگان دیپلماتیک خود را تا سال‌ها حفظ کردند تا اینکه به درخواست ایران این روابط کاملاً قطع شد و نمایندگان به کشور خود باز گشتند.

۲. مصادره و ضبط اموال دولتی دشمن

۳. اخراج اتباع کشور دشمن

۴. وضعیت قرار دادهای بین‌المللی:

یکی از علل اختتام قراردادهای بین‌المللی، جنگ می‌باشد. زیرا ظاهراً بین جنگ و وجود قراردادهای بین‌المللی یک نوع عدم هماهنگی و تضاد وجود دارد. و اینکه یکی از مواردی که کنوانسیون ۱۹۶۹ وین از شمول خود مستثنی کرده است به مانند مسئله مسئولیت و جانشینی، مسئله جنگ و مخاصمات مسلحانه می‌باشد. البته عمده بحث‌های که در کمیسیون حقوق بین‌الملل و در کنفرانس ۱۹۶۹ وین هم صورت گرفته است این بوده است که چون اساساً جنگ ممنوع است و قاعده آمره است چگونه می‌تواند در کنار حقوق معاهدات مورد مطالعه قرار بگیرد. وقتی که یک عمل متخلفانه است و عمل متخلفانه نمی‌تواند موجب شود که یک عمل حقوقی بر اثر عمل خلاف صورت بگیرد و اینکه بر اساس حقوق عرفی می‌توانیم مورد بررسی قرار دهیم و آثار آن را مورد مطالعه قرار دهیم.

و همانطور که بیان نمودیم یکی از علل اختتام قراردادهای بین‌المللی، جنگ می‌باشد. زیرا ظاهراً بین جنگ و وجود قراردادهای بین‌المللی یک نوع عدم هماهنگی و تضاد وجود دارد.

اما این اصل کلی، استثنائاتی به شرح ذیل در بر دارد: الف. مقررات مربوط به زمان جنگ؛ شامل قراردادهایی

که اختصاصاً به قصد اجرا در زمان جنگ منعقد شده است. مانند طرز رفتار با اسیران جنگی یا منع استعمال برخی سلاح‌ها و....

ب. مقررات مربوط به وضعیت‌های عیبتی، به مانند خط مرزی و.... که از ارزش بین‌المللی برخوردار می‌باشند و عمل جنگ، آثاری بر اینگونه معاهدات نمی‌تواند داشته باشد.

ج. جنگ نسبت به قراردادهای چند جانبه در مورد کشورهای که در جنگ شرکت دارند حال تعلیقی دارد. ولی در خصوص کشورهای بی طرف این قراردادها همچنان معتبر بوده و اجرا می‌شود.

و اما یکی از مهم‌ترین اصول در بحث تاثیر جنگ بر روی معاهدات بین‌المللی اصل وفای به عهد در معاهدات می‌باشد که در معاهدات بین‌المللی همواره باید مراعات گردد تا تزلزل و بی‌ثباتی در معاهدات ایجاد نگردد. که این اصل مورد توجه حقوق معاهدات و حقوق اسلام می‌باشد و تأکیدات زیادی در حقوق اسلام بر آن گردیده شده است.

اصل وفای به عهد به عنوان مهم‌ترین اصل در حقوق معاهدات

مبنای خصوصیت یا نیروی الزام حقوق معاهدات اصل وفای به عهد یا احترام به عهد می‌باشد. این ویژگی که غالباً به منزله نوعی ((قانون قوانین)) شناخته شده است. قانونی که از حیث ساختار جنبه آمره US COGENS است و به عنوان ضرورت اولیه وجود و پیوستگی یک نظم حقوقی بین‌المللی شناخته می‌شود. به عقیده کلسن، اصل وفای به عهد، قاعده یا اصل بنیادینی است که هر قاعده حقوقی اعم از بین‌المللی و داخلی بر آن استوار است. و بالاخره عهدنامه حقوق معاهدات در ماده ۲۶ خود اصل وفای به عهد را ترسیم می‌نماید و بیان می‌دارد که (هر معاهده لازم‌الاجرای، طرف‌ها را ملتزم می‌کند و باید توسط آن‌ها با حسن نیت به اجرا درآید).

در رویه قضایی، در قضیه صلاحیت در امر شیلات بین انگلستان و جمهوری فدرال آلمان علیه ایسلند دیوان بین‌المللی دادگستری، این اصل بسیار مهم را ابراز نمود و آن‌هم همین بحث اصل وفای به عهد {pacta sunt servanda} بود. بنابراین همانطور که اصل وفای به عهد مقرر می‌دارد؛ اجرای با حسن نیت یک معاهده بین‌المللی بر تمامی کشورهای که آن را پذیرفته‌اند، فرض است. البته نمی‌توان در این‌باره تردید داشت که قاعده (وفای به عهد)

به لزوم عمل به معاهدات می‌کند.

اصل لزوم وفای به معاهدات بیانگر ثبات و استمرار معاهدات است و اصل تغییر بنیادین لوضاع و احوال یکی از حالات اختتام معاهدات را بیان می‌کند. عده‌ای اصل لزوم وفای به معاهدات را یک قاعده مقدس و مطلق می‌دانند که در راس هرم وجودی قواعد حقوقی است. و اما همین اصل وفای به عهد که به عنوان مهم‌ترین اصل در نظام حقوق بین‌الملل و در نظام حقوقی اسلام است، ممکن است بر اساس قاعده ربوس در نظام حقوق بین‌الملل و همچنین قاعده مصلحت در نظام حقوقی اسلام مورد خدشه قرار گیرد. که به شرح آن می‌پردازیم.

■ ربوس یا تغییر بنیادین اوضاع و احوال در حقوق بین‌الملل

اصولاً تغییر بنیادین لوضاع و احوال از جمله مسائل بسیار مهم در عالم طبیعت می‌باشد و پدیده‌ای طبیعی در عالم طبیعت می‌باشد. که در بیشتر نظام‌های حقوقی وجود دارد و پدیده‌ای فرا طبیعی و خارج از ذهن نمی‌باشد. به نظر می‌رسد بهترین راه جمع بین دو عنصر ثبات و تغییر معاهدات بین‌المللی، اصل تغییر بنیادین لوضاع و احوال است.

در قرن ۱۹ معاهدات از ثبات بسیار کمی برخوردار بوده‌اند. هیچ معاهده‌ای در این عصر نبود مگر اینکه نقض نشد. دولت‌ها تحت پوشش اصل مذکور به نقض تعهدات خود می‌پرداختند و اهداف سیاسی خود را دنبال می‌کردند. همین سوءاستفاده‌ها موجب شده بود که عده‌ای از حقوق‌دانان با این اصل مخالفت نمایند.

و اینکه، یکی از مسائل اصلی در زمینه اطفای معاهدات و خروج از آن مسئله تغییر لوضاع و احوال زمان عقد معاهده است که به آن به لفظ لاتین قید یا اصل ((ربوس سیک استانتی بوس)) می‌گویند. به این معنی که هر گاه لوضاع و احوالی که مبتنی بر عقد معاهده بوده، بطور اساسی تغییر کند. ممکن است معاهده متعقد به بنا به ابتکار یکی از عاقدان ذیتفع پایان یابد.

ربوس، قاعده یا اصلی است که آنرا به لفظ لاتینی ((ربوس سیک استانتی بوس)) می‌نامند یعنی بقای همه چیز به همان صورت، از زمان عقد عهد به بعد. با این حال کنفرانس ۱۹۶۹ وین نشان داد که اکثریت

در حقوق بین‌الملل، خاصه در حقوق معاهدات، حائز ارزش بسیاری است. زیرا از جمله منابع قواعد حقوق بین‌الملل قراردادی محسوب می‌شود و اگر اصل مصونیت معاهدات مراعات نگردد، تعادل حقوقی و قضایی جامعه بین‌المللی که از واجبات حیات آن جامعه است از میان می‌رود و اختلال شدیدی در آن روی می‌دهد. باید توجه نمائیم که قاعده ربوس که نقطه مقابل قاعده وفای به عهد است؛ عمل و خدمت بسیار مفیدی در جامعه بین‌المللی انجام می‌دهد که سخت قابل ملاحظه است. چون در حقیقت قاعده‌ای است که بر طبق آن می‌توان فسخ معاهده‌ای را در هنگامی که شرایط و لوضاعی که از موجبات انعقاد آن معاهده بوده و بطور اساسی تغییر کرده است اعلان نمود.

■ اصل وفای به عهد در معاهدات بین‌المللی از دیدگاه اسلام



از دیدگاه اسلام، دولت اسلامی موظف است به معاهداتی که با دولت‌های دیگر متعقد می‌کند وفادار باشد. هیچ دینی به مانند اسلام انسان‌ها را تشویق به وفای به عهد و پیمان نمی‌کند و این ریشه در فطری بودن لزوم عمل به معاهدات دارد. حیات جمعی انسان‌ها بدون احترام به عهد و پیمان امکان‌پذیر نیست. اسلام انسان‌ها را در صورت انعقاد پیمان با یکدیگر، فقط در برابر هم مسئول نمی‌داند بلکه آن‌ها در برابر خداوند نیز مسئول خواهند بود و عهد آن‌ها، عهد با خداوند هم محسوب می‌شود.

قرآن کریم در این باره می‌فرماید: ((واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم)) به عهد الهی چون پیمان بستید وفا کنید. فلسفه تاکید اسلام بر لزوم وفای به معاهدات همان اصل همزیستی مسالمت‌آمیز انسان‌هاست.

لذا مبتنی بر قاعده لزوم وفای به عهد مبتنی بر عدالت اجتماعی و ضرورت زندگی اجتماعی است. و فطرت انسانی هم حکم

موجبات انعقاد آن معاهده بوده و بطور اساسی تغییر کرده است اعلان نمود.

و در رویه قضایی بین‌المللی، در قضیه صلاحیت در امر شیلات بین انگلستان و جمهوری فدرال آلمان علیه ایسلند دیوان بیان می‌دارد که: تغییر در احوالی، باید بنیادین و حیاتی تلقی شوند که موجودیت یا توسعه حیاتی یکی از طرفین را به خطر اندازد. دیوان می‌افزاید: تغییر باید تغییر مهمی در حدود تعهداتی که هنوز باید اجرا شود؛ ایجاد کند. باید این تعهدات را سخت‌تر کند؛ به نحوی که اجرای آن‌ها را از آنچه انجام شده؛ مشکل‌تر سازد. که این همان مفهومی است که باید از عبارت *omnis conventio intelligitur rebus sic stantibus* استنباط کرد. شی‌ای، قید و قاعده ربوس را اصلی می‌داند که بر حسب

قابل ملاحظه‌ای از کشورها معتقدند که تغییر احوال و احوال زمان عقد معاهده یکی از موجبات استثنایی اطلاق معاهدات است که تا حدود معینی از طرف حقوق معتبر امروزی، قابل قبول شناخته شده است. و در بند اول ماده ۶۲ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین هم ذکر گردیده شده است. اما معاهده مذکور مشکل را به طور کامل حل نکرده بلکه مشکلی را بر مشکل اصلی افزوده است که حل آن نیز آسان نیست. چون با وجود حاکمیت کشورها چه مقام ذی‌صلاحیتی حق دارد در مورد تغییر احوال و احوال بر معاهدات قضاوت نماید. در دوران معاصر به دلیل تحولات اقتصادی و سیاسی استناد به اصل تغییر بنیادین احوال زیاد به چشم می‌خورد. اما باید دانست که همین قید و قاعده در مقابل قاعده اساسی وقایع به عهد و احترام به قول قرار می‌گیرد. باید



آن، تغییر اساسی و واقعی احوال و احوالی که با در نظر گرفتن آن احوال معاهده‌ای متعقد شده است، امکان دارد به متروک شدن معاهده منجر گردد و یا لااقل از نیروی الزام‌آور آن بکاهد. و گروسوس هم اعتقاد بر این دارد که، قاعده ربوس با

توجه نمائیم که قاعده ربوس که نقطه مقابل قاعده وقایع به عهد است عمل و خدمت بسیار مفیدی در جامعه بین‌المللی انجام می‌دهد که سخت قابل ملاحظه است. چون در حقیقت قاعده‌ای است که بر طبق آن می‌توان فسخ معاهده‌ای را در هنگامی که شرایط و اوضاعی که از



وجود نداشته ولی در جریان اجرای معاهده ایجاد گردد، بر اساس حقوق اسلام، می‌توانیم به اصل مصلحت اشاره کرده و از آن عنوان لولیه، به طور موقت بگذریم. برای مثال اگر در معاهده و در حین اجرای آن متوجه شویم که موجب سلطه بیگانگان بر کشور می‌گردد با توجه به اصل مصلحت می‌توانیم از آن معاهده در حال اجرا، به طور موقت صرف نظر نماییم. که به عنوان اصل ربوس یا تغییر بنیادین اوضاع و احوال، ملاک قرار می‌گیرد. بنابراین اگر مصلحت عدول از تعهدات بین‌المللی آن چنان اهمیتی داشته باشند که بر مصلحت التزام به این تعهدات در الویت قرار بگیرند کشورهای اسلامی باید از اجرای این تعهدات امتناع ورزند.

● اصل تغییر بنیادین اوضاع و احوال از دیدگاه روبه قضایی

دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی، در چند اختلاف فرصت رسیدگی به اصل ربوس را داشت. دیوان طی دو دعوی بین‌المللی یکی بین فرانسه و انگلیس و دیگری بین فرانسه و سوئیس با استناد صریح به اصل مزبور رودرو گردید.

اما در دیوان بین‌المللی دادگستری، هم مواردی از استناد به این اصل را درمی‌یابیم به که این شرح می‌باشد:

۱. رای مشورتی دیوان راجع به وضعیت بین‌المللی آفریقای جنوب غربی (نامیبیا)
۲. قضیه حق عبور بر فراز هند.
۳. قضایای صلاحیت ماهیگیری، که به اصل ربوس اشاره گردیده شده است.

در رای ۲۵ سپتامبر ۱۹۹۷ در پرونده گابچیکوو - ناگیماروس در ارتباط با اسلواکی علیه مجارستان که بیان می‌داشت، تغییر بنیادین اوضاع و احوال به یک معاهده پایان نمی‌دهد مگر آنکه غیر قابل پیش‌بینی و شدید باشد. دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیه متعلقه آزاد سووای علیا و متعلقه ژکس سوئیس علیه فرانسه بیان می‌دارد که «تغییر اوضاع و احوال» به عنوان دلیلی برای کنار گذاشتن یک معاهده می‌باشد.

محکمه فدرال سوئیس هم در سال ۱۸۸۲ در این باب رای صادر کرده که مختصر آن بدین شرح است: «شکی وجود ندارد که معاهده ممکن است به طور یک‌جانبه توسط طرفی که تعهدی را بر عهده گرفته است فسخ گردد ولی بشرطی که ادامه اجرای مقررات آن با منافع حیاتی طرف

موازن حقوق مدنی، نظیر و مشابه یکدیگرند. ولی اضافه می‌کند که احوال و اوضاع باید به طور اساسی متغیر شده باشد تا بتوان قلعه ربوس را اعمال نمود. و قاعده مذکور وقتی قابل اجراست که وقایع و شرایطی که موجب عقد قرارداد بوده است، کاملاً تغییر کرده باشد.

● ربوس یا تغییر بنیادین اوضاع و احوال از دیدگاه اسلام

از نظر اسلام، همانطوری که بیان نمودیم مهم‌ترین اصل، اصل وقایع به عهد می‌باشد. چرا که اسلام وقایع به عهد را به عنوان یکی از اصول مهم در قراردادهای می‌داند و همگان را ملزم به رعایت این اصل بسیار مهم می‌نماید. در این اصل از نظر اسلام، فرقی بین مسلمان و غیرمسلمان نمی‌کند. بلکه همگان را ملزم به رعایت این اصل بسیار مهم می‌نماید. سیره و گفتار پیامبر اکرم (ص) و ائمه معصومین همگی دال بر رعایت این اصل بسیار مهم در قراردادهای می‌باشد. اما در عرصه معاهدات و قراردادهای همواره، وجود تغییر و تحولات امری ناممکن و دور از ذهن نیست. بلکه امری ممکن و واقعی می‌باشد. بنابراین این اصل بسیار مهم، یعنی اصل وقایع به عهد در معاهدات ممکن است مورد رعایت در روابط فی‌مابین کشورها قرار نگیرد. در حقوق بین‌الملل، وجود قاعده ربوس برای این امر شناخته گردیده شده است و در حقوق اسلام، قاعده یا اصل مصلحت برای این امر شناخته شده است. مصلحت در لغت در مقابل مفسده به معنی خیر، صلاح و منفعت است. به عبارتی در حقوق اسلام ما با دو اصل بسیار مهم یعنی قواعد لولیه و قواعد ثابویه مواجه می‌باشیم. قواعد لولیه در حقوق اسلام، وقایع به عهد و قاعده نفی سبیل می‌باشد اما در کنار این عنوان و اصول لولیه، عنوان ثابویه دیگری هم وجود دارد که به عنوان تغییر بنیادین، ملاک قرار می‌گیرد که در واقع استثنایی بر عنوان لولیه می‌باشند. در حقوق اسلام، از جلوه‌ها و موارد بارز تغییر اوضاع و احوال چیره شدن و سلطه غیرمسلمان بر مسلمانان می‌باشد که به عنوان عنوان ثابویه، می‌تواند عنوان لولیه را تحت تاثیر خود قرار دهد. و از موارد دیگری که به عنوان عنوان ثابویه می‌توانیم عنوان لولیه را تحت تاثیر قرار دهیم. مصالح اسلام و مسلمین است که تحت عنوان قاعده مصلحت آن را مورد بررسی قرار می‌دهیم. که در واقع اگر مسئله حادثی که در ابتدا و در زمان انعقاد



عهد و با اهداف اساسی مغایر و متباین باشد».
و یا از قضیه هوپرت. اتازونی می‌توانیم نام ببریم که در این قضیه، دیوان قضایی ایالات متحده آمریکای شمالی، حق بودن ختم موافقت‌نامه را در زمانی که لوزان و احوالی که مبتدای آن بوده است تغییر کرده به رسمیت شناخته است.

● دولت ایران و استناد به اصل ربوس

موارد استناد به اصل ربوس از سوی دولت ایران

تاکتون دولت ایران در دو مقطع تاریخی به اصل ربوس برای فسخ یک‌جانبه معاهدات بین‌المللی خود استناد کرده است. (۱). فسخ یک‌جانبه فصول پنجم و ششم معاهده مودت و همکاری بین ایران و شوروی: عهدنامه مودت بین ایران و شوروی مورخ ۲۶ فوریه ۱۹۲۱ که در جهت تحکیم روابط دوستانه بین دو دولت منعقد شده بود؛ شامل لغو همه معاهداتی است که دولت روسیه تزاری به ایران تحمیل کرده بود. دو دولت به موجب این عهدنامه ضمن قبول اصل عدم مداخله در امور داخلی یکدیگر، اقدام به تنظیم مرزها و تعیین چگونگی استفاده برابر از رودخانه‌های مرزی نمودند. دولت نوپای بلشویک که در آن هنگام با مشکلات بزرگ داخلی و خارجی دست در گریبان بود، برای تامین امنیت خود در برابر حملات روس‌های سفید و سد کردن هرچه بیشتر راه‌های مداخله قدرت‌های بیگانه دست به انعقاد معاهدات با کشورهای همجوار زد و بنابراین فصول ۵ و ۶ این عهدنامه‌ها در راستای تامین این هدف تنظیم گردیده بود. و اما دولت ایران با توجه به دلایلی، استناد به اصل تغییر بنیادین لوزان و احوالی می‌نمود از جمله اینکه: الف)

دولت شوروی با گذشت چندین دهه از تاریخ استقرارش دیگر آن حکومت ضعیف و بی‌ثبات نیست که بتواند از سوی روس‌های سفید مورد تهدید قرار بگیرد. ب). با از بین رفتن روس‌های سفید و دگر دیسی، اتحاد جماهیر شوروی به یکی از دو ابرقدرت بزرگ رسیده است. و به خاطر همین فصول مورد نظر یعنی ۵ و ۶ دیگر موضوعیت خود را نیز از دست داده است. و به همین خاطر دولت ایران با قدرت یافتن حکومت مرکزی خود دیگر دارای آن ناتوانی نیست که نتواند جلوی مداخله دولتهایی دیگر و یا گروه‌های مسلحی را که از درون خاک ایران قصد حمله به شوروی را دارند بگیرد. پس بنابراین دولت ایران با استناد به اصل تغییر بنیادین لوزان و احوالی توانست این فصول را لغو نماید. (۲). فسخ معاهده مرزی ۱۳۱۶ بین ایران و عراق: دلایل ایران برای فسخ معاهده مرزی ۱۳۱۶ به این قرار بود: الف). نقض تعهدات قراردادی از سوی دولت عراق و ب). اصل ربوس بود. و برای توجیه اصل ربوس خود به این استناد نمود که از نظر ایران این معاهده در زمانی منعقد شده بود که نظام استعماری انگلستان در منطقه حاکم بود و انگلستان با حمایت از منافع مستعمره خود (در عراق) کل رودخانه شط‌العرب را با تحمیل بر ایران به عراق واگذار کرد و در واقع معاهده مرزی ۱۳۱۶ که در زمان و شرایط استعماری بود و به ایران تحمیل شده بود و حالا که رخنه استعمار از ایران و منطقه برکشیده شده است دلیلی بر ثبات و پایداری معاهده وجود ندارد. و باید آثار آن هم از بین برود و دولت ایران به اصل ربوس استناد کرد و این معاهده را لغو گردانید.

نقد و بررسی نظام‌های حقوقی کامن‌لا و رومی ژرمنی

نویسنده: علی فتحی وکیل پایه یک دادگستری

مقدمه

نظام حقوقی کامن‌لا (به انگلیسی: Common law) که به نظام رویه قضایی و سابقه قضایی هم معروف است اساساً حقوق ساخته دست قضات است تا قوانین مصوب قوه مقننه و اقدامات اجرایی قوه مجریه. قاضی در نظام حقوقی کامن‌لا به هنگام مطرح شدن دعوی جدید و در مواردی که طرفین در ماهیت دعوی اختلاف دارند به جای استفاده از مواد قانونی و اصول کلی حقوقی به مقایسه عناصر دعوی مطرح شده با دعوی‌های رسیدگی شده قبلی می‌پردازد و در صورت شباهت بین عناصر دو دعوی حکم مشابه صادر می‌نماید. در غیر این صورت اگر قاضی تشخیص دهد که دعوی اخیر اساساً با دعوی سابق متفاوت است از آن قاعده عنول کرده و رأی جدید صادر می‌کند و چه بسا این رأی سابقه جدیدی ایجاد نماید. این رویه پیروی از آرای گذشته (بگذار حکم جاری شود) (به انگلیسی: stare decisis) نام دارد. [۱]

کامن‌لا اساس و پایه حقوق انگلستان است و به جهت مشترک بودن این نظام برای همه بخش‌های انگلستان و ولز آن را کامن‌لا می‌نامند. حدود ۳/۱ از نظام‌های حقوقی کنونی جهان که اکثراً کشورهای انگلیسی زبان می‌باشند از نظام حقوقی این کشور الگوبرداری کرده‌اند. [۲] دیگر کشورهایی که تابع این نظام هستند عبارتند از: ایالات متحده آمریکا، مالزی، سنگاپور، بنگلادش، پاکستان، سری‌لانکا، هند، کامرون، کانادا، ایرلند، نیوزلند، آفریقای جنوبی، زیمبابوه، هنگ کنگ و استرالیا فراگیری و توسعه حقوق کامن‌لا که کم‌تر به وسیله نظام حقوقی رومی-ژرمنی تحت تأثیر قرار گرفته و دارای رشد طبیعی بوده و ام‌دار وجود مرداتی هم‌چون براکتون، کک، و لیتلتون است.

COMMON LAW

منابع نظام حقوقی کامن لا

در نظام حقوقی «کامن لا»^۱، آرای قضایی از اهمیت بسیاری برخوردار است به طوری که حقوق کشور انگلیس به عنوان یکی از اعضای این نظام حقوقی به نام «حقوق ساخته قاضی» معرفی شده است^۲. متابعی که برای این نظام حقوقی به ترتیب اهمیت گفته شده است عبارت‌اند از:^۳

- ۱- رویه قضایی؛^۴
- ۲- قانون؛^۵
- ۳- عرف و عادت؛^۶
- ۴- عقل؛^۷
- ۵- دکترین^۸

ج- منابع نظام حقوقی رومی- ژرمنی

در این نظام که به «حقوق نوشته» معروف است، قانون در مرتبه نخست اهمیت قرار دارد و معیار اصلی شناخت این نظام حقوقی است. منابع این نظام به ترتیب اهمیت بدین صورت معرفی شده‌اند:^۹

- ۱- قانون؛^۲ عرف و سنت و عادت؛^۳ رویه قضایی؛^۴ دکترین؛^۵ اصول کلی.

البته باید توجه داشت که منابع حقوق، پامنابع دسته اول و صوری هستند؛ یعنی همان چیزی که در خارج موجود و قابل استناد است و یا دسته دوم و ماهوی که منشأ پیدایش و ایجاد قواعد دسته اول می‌باشند^{۱۰}. و ما در هنگام مقایسه منابع حقوق و فقه، این مطلب را بیش‌تر توضیح خواهیم داد.



گفتار اول: منابع مشترک در فقه و حقوق

یک- عرف

چنان که گفتیم عرف در دو سیستم حقوقی «کامن لا» و «رومی-ژرمنی» از منابع حقوق به شمار می‌رود. در تعریف عرف گفته‌اند: قاعده‌ای است که به تدریج و خود به خود میان همه مردم یا گروهی از آنان به عنوان قاعده‌ای الزام‌آور،

مرسوم شده‌است "۱۱".

حقوق دانان دو عنصر مادی (یعنی تکرار) و معنوی (یعنی الزام) را دو رکن اساسی تحقق عرف می‌دانند، بدان معنا که مردم علاوه بر تکرار و مدولومت انجام یا ترک فعل نوعی الزام را نیز نسبت به آن داشته باشند.

الف- عرف و نظام حقوقی رومی - ژرمنی:

حقوق دانان عرف را جوهر و شالوده همه قوانین دنیا به



خود بحث تاریخی مفصل دارد "۱۳".

«در رم زمانی مدید روابط حقوقی بر اساس عرف و عادت فیصله می‌پذیرفت و پس از رواج حقوق مکتوب نیر عرف بنا به ضرورت در کنار مقررات کتبی دوام آورد و اعتبار خود را حفظ کرد» "۱۴".

هم اکنون نیز در کشورهای تابع این نظام حقوقی، موارد مختلف، احاله به عرف شده‌است. در کتاب «مبانی قانون‌گذاری و دادرسی» می‌خوانیم:

در نظام قانون مدون یا قانون نوشته قاضی گاه ممکن است بر مبانی عرف و عادت حکم دهد، لکن این عرف و عادت با عرف و سابقه حقوق انگلیس فرق دارد. از سوی دیگر ارجاع به عرف در نظام «قانون نوشته» به موجب قانون است؛ یعنی نص قانون باید آن را تجویز کند... لکن امروز رفته رفته این روش هواداران خود را از دست می‌دهد؛ زیرا در اغلب کشورها قانون پیش‌بینی کرده و اجازه داده تا در مواردی که متنی قانونی وجود ندارد... قاضی بر مبانی عدالت و انصاف حکم بدهد "۵".

یا این‌که گفته‌اند:

در حقوق نوشته هنگامی که عرف به عنوان دومین منبع مهم حقوق مطرح است که قانون مدون وجود نداشته‌باشد، چنین عرفی باید با قدرت سیاسی (Opinio Juris) یا نیروی الزام‌آور (Opinio necessitatis) همراه باشد. بدین‌گونه سرشت و ماهیت عرف تا هنگامی که دادگاهها قانونی بودن و نیروی الزام‌آور آن را تعیین نکرده‌اند از نظر حقوقی بی‌ارزش است "۱۶".

این صفت در حقوق نوشته برای عرف شبیه مبحث امضا و تقریر شارع در فقه است که خواهیم آورد.

ب - عرف و نظام حقوقی کامن‌لا:

اهمیت عرف در حقوق ناتواسته یا «کامن‌لا» به‌حدی است که عده‌ای به درست یا نادرست، حقوق «کامن‌لا» را به حقوق عرفی یا عرف عام ترجمه کرده‌اند "۱۷". صحت این ترجمه مشکل به نظر می‌رسد؛ زیرا که گفته شده است:

اهمیت عرف در حقوق انگلیس به مراتب از آرای قضایی و قانون کم‌تر است و حتی با آن‌ها قابل مقایسه نیست. در این شکی نیست که حقوق انگلیس یک حقوق عرفی نیست، اما این هم یک اصل مسلم است که کامن‌لا برخی از قواعد خود را از عرف‌های محلی متنوع که سابقاً اجرا می‌شده اقتباس کرده‌است "۱۸".

حساب آورده و گفته‌اند:

اصولاً همه نظام‌های حقوقی دنیا یک زادگاه و خاستگاه عرفی و علمی و هیجانی دارند و کم‌تر در آن‌ها عقل و علم بدون دخالت انگیزه‌های دیگر ریشه دارد "۱۲".

یکی از منابع مهم حقوق رومی - ژرمتی که همان الواح دوازده‌گانه باشد مجموعه عرف‌هایی بود که در جامعه آن زمان یونان (۴۲۵ سال قبل از میلاد) متداول بوده‌است که



در کتاب «مبانی قانون گذاری و دادرسی» می خوانیم: حقوق دانانی که در روسیه مأمور تنظیم و تدوین نظام نوین شده اند تصمیم داشتند رشته را یک سره با قوانین ماهوی که از آثار امپراطوری بود بگسلانند، اما دیری نیاید که در اغلب موارد و از طرق گوناگون با سنت ها و روش های گذشته هم آهنگی نشان دادند " ۲۰ "

ج- عرف و فقه:

در باره عرف و فقه و حجیت آن به عنوان یک منبع مستقل یا غیرمستقل در مباحث اصولی هم چون حجیت سیره متشرعه و بنای عقلا، احکام امضایی و تأسیسی در بخش های متعدد فقه به تناسب مقام مطالبی گفته شده است و تقسیماتی چون عرف عام و عرف خاص، عرف حادث و عرف متأخر، عرف مقارن و عرف مسلم و عرف مطرد و... دارد که از توضیح آن ها خودداری می کنیم " ۲۱ "

در این که عرف برای تشخیص و تبیین موضوعات احکام

برای توضیح نظام حقوقی «کامن لا» از انگلیس مثال آورده ایم؛ زیرا خاستگاه و جایگاه اصلی ایجاد این نظام حقوقی همین سرزمین است. به هر حال آن چه مسلم است عرف در همه نظام های حقوقی دارای جایگاه مهمی است. در تبیین این اهمیت گفته شده است:

حقوق از عرف مایه می گیرد، کم کم در روابط و مناسبات مردم جای خود را باز می کند و به صورت قانون جلوه گر می شود. قوانین بر اساس همین عرف ها پی ریزی می شود و هر چه بیش تر از این سرچشمه متشعب شود توانا تر و غنی تر می گردد و آسان تر به اجرا در می آید و این واقعیت به قدری است که جمعی به جز عرف متبع دیگر را نمی شناسند " ۱۹ "

در نظام حقوقی سوسیالیستی نیز که نظریه حقوقی و اراده حاکم غالب است (یعنی قانون چیزی است که دولت آن را می خواهد) باز عرف توانسته است راه خود را باز نماید.



در مواردی نقش اسلوسی دارد اختلافی نیست، ولی این صفت و خصیصه عرف آن چیزی نیست که ما در این جا بتوانیم آن را به عنوان منبع مطرح کرده و با عرف در نظام‌های حقوقی مقایسه نماییم. مهم این است که اولاً: آیا عرف از منابع مستقل حقوق اسلامی است یا به تبع حجیت سنت معتبر است؟ و ثانیاً: دامنه این اعتبار تا کجاست و چه رابطه‌ای با اهمیت و منبع بودن آن در دیگر نظام‌ها دارد؟

اصولی‌ها معمولاً در مباحث الفاظ، اصول موقع بحث از صحیح و اعم به این نکته تصریح کرده‌اند که الفاظ معاملات از طرف شارع درست نشده‌است، بلکه امور عرفیه‌ای هستند که به مرور زمان ایجاد شده‌اند، لذا گفته‌اند در مقام شک می‌توان به اطلاق این الفاظ تمسک کرد. چنان‌که صاحب کفایه به صراحت بیان داشته‌است که در اطلاق الفاظ معاملات اگر شارع در مقام بیان باشد، لفظ بر آن چه عرف آن را مؤثر می‌داند حمل می‌شود؛ زیرا اگر مؤثر در نزد شارع چیزی جز مؤثر در نزد عرف بود باید آن را بیان می‌کرد پس اطلاق مقامی اقتضای تمسک و رجوع به چیزی دارد که در نزد عرف مؤثر است "۲۲". و مرحوم مظفر با بیانی روشن‌تر گفته است:

طرف شرع و شارع مقدس نمی‌باشند. این ملهیات را عقلاً قبل از این شریعت برای گذران نظام زندگی درست کرده بودند، بعد که پیامبر اکرم (ص) آمدند با این طریق مستقر در نزد مردم مخالفت نکردند و طریق خاصی هم قرار ندادند که مردم را بر طبق آن وادار به عمل نمایند، حتی تصرف اساسی هم در این امور ننموده و آنها را همان‌طور که در نزد ایشان بوده است امضا کرده‌اند و با همان زبان با ایشان صحبت کرده‌اند، پس حضرت (ص) از این جهت مثل یکی از ایشان است. بلی، در بعضی از موارد حضرت (ص) تصرفاتی کرده‌است و از بعضی از معاملات نهی کرده‌اند مانند معاملات ربوی و شبیه به آن و در بعضی از موارد قیدی را اضافه کرده‌اند یا جزئی را افزوده‌اند که در نزد عقلاً معتبر نمی‌باشد، مثل اعتبار بلوغ در متعاقبین و اعتبار صیغه در بعضی از موارد، لذا ما آن چه را که در روایات و آیات آمده‌است مثل (أوفوا بالعقود) و (أحل الله البيع) و (تجارة عن تراض) و یا قول پیامبر اکرم (ص) «النكاح سنتی» و «الصلح جائز» و امثال آن را بر مفاهیمی که در نزد عرف مستقر بوده‌است حمل می‌نماییم، همان چیزی که عادت ایشان بر آن مبتنی بوده و پیامبر اکرم (ص) در این الفاظ هیچ‌گونه تصرف لفظی و معنایی نکرده‌است "۲۴".

در الفاظ معاملات می‌توان تمسک به اطلاق کرد؛ زیرا معانی معاملات مستحدثه نمی‌باشند و شارع در مقابل این الفاظ و معانی مثل یک نفر از اهل عرف است. پس اگر شارع این الفاظ را استعمال کرد حمل بر ظاهر معانی نزد عرف می‌شود، مگر آن که قرینه‌ای برخلاف نصب نماید "۲۳".

آیه‌الله خوئی در توضیح این مسئله می‌گویند:

اما مقام اول (جواز تمسک به اطلاق الفاظ معاملات) امر همان است که مشهور پذیرفته‌اند، یعنی جواز تمسک به اطلاق حتی بتا بر قول به صحیح، و وجه آن این است که معاملات امور عرفیه عقلائی هستند و از ملهیات مخترعه از

این مباحث نشان می‌دهد که در بخش معاملات فقه - در مقابل عبادت - عرف از جایگاه و اهمیت به سزایی برخوردار است به طوری که همه این مفاهیم و الفاظ در این بخش از عرف گرفته می‌شود، شبیه به این بحث حتی در الفاظ عبادات مثل صوم و صلوة نیز جریان دارد چنان‌که عده‌ای بر آن تصریح کرده‌اند "۲۵".

در مباحث اصولی بخشی از حجیت عرف در حجیت بنای عقلاً یا سیره عقلائییه مورد بحث قرار می‌گیرد و این دلیلی است که از زمان شیخ انصاری مطرح شده و بعضاً به عنوان



دلیل پنجم در کنار دیگر ادله از آن یاد کرده‌اند. در این‌که بنای عقلا بخشی از عرف را تشکیل می‌دهد مرحوم نائینی می‌گوید:

گاهی اوقات از طریق عقلا به عرف عام تعبیر می‌شود... و بنای عقلا چیزی در مقابل عرف نمی‌باشد "۲۶".

حجیت بنای عقلا در نزد فقهای امامیه به دو نحو است: الف- گروهی قائل به کشف هستند و حجیت آن را در واقع به حجیت سکوت و تقریر معصوم برمی‌گردانند "۲۷".

ب- گروهی دیگر نفس بنای عقلا را حجت می‌دانند و برای آن حجیت بالذات قائل هستند. گرچه در نحوه استدلال این گروه تفاوت‌هایی وجود دارد "۲۸".

نقد و تقریر ادله دو گروه خارج از مقام است، ولی ذکر این نکته ضروری است که با پذیرش هر کدام از دو نظر فوق دایره حجیت بنای عقلا تفاوت اساسی خواهد داشت؛ چه این‌که دایره حجیت این بنا، طبق نظریه اول فقط شامل مواردی است که معصوم (ع) آن موارد را دیده و آن‌ها را تقریر کرده‌است، ولی طبق نظریه گروه دوم این حجیت شامل همه موارد حتی بعد از معصوم (ع) نیز می‌شود؛ به عبارت دیگر، حجیت به نحو قضیه حقیقیه شامل همه بناهای عقلائی در همه اعصار است. البته حجیت بنای عقلا در هر دو دیدگاه دارای شرایط خاص است که در جای خود مطرح شده و همین نکته یکی از موارد افتراق حجیت عرف در حقوق اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی است که بدان خواهیم پرداخت.

بخش دیگری از حجیت عرف به عنوان متبعی از متابع فقه در مباحث سیره متشرعه مطرح می‌شود. در این صورت منظور از عرف، عرف خاص مسلمانان است که بیش‌تر در تبدیلات مورد استناد قرار می‌گیرد. سیره متشرعه اگر وجودش ثابت شود به‌تنهایی دلیل بر حکم شرعی است، منظور از به‌تنهایی، آن است که نیازی به اثبات امضای شارع یا اثبات عدم متع او را ندارد، چنان‌که در سیره عقلائییه معتبر بود "۲۹". بعضی سیره را از اجماع نیز قوی‌تر می‌دانند چون اجماع قول است و سیره فعل، در هر صورت به دلیل دایره محدود تمسک به سیره متشرعه (عبادات) این عرف مورد استناد ما در مقایسه با حقوق نمی‌باشد.

از موارد دیگری که می‌توان از آن به اهمیت عرف در حقوق اسلام پی برد احکام امضایی است که به صورت دلیل لفظی شرعی در دسترس ماست، گرچه در این موارد، عرف

به سبب وجود دلیل لفظی صریح نمی‌تواند به عنوان متبع مستقیم مطرح باشد - اگر نگوئیم با این عمل شارع اصل عرف را پذیرفته نه مصادیق خارجی آن را - در موارد شک در شرطیت و جزئیت و تمسک به اطلاق و اجرای برائت و مباحث دیگر می‌توان گفت این مباحث کلاً تابع عرف است "۳۰".

که مقداری از مقررات موجود را تأیید و امضا کند... این مقررات موجود دو قسم است:

الف- مقرراتی که به صورت قوانین قبلاً وجود داشته‌است.
ب- مقرراتی که در عرف و عادت معاصر سیستم جدید یا حکومت جدید وجود داشته‌است.

در فقه اسلام اکثر فقها اذعان دارند که به این معنا اکثر مقررات عقود و ایقاعات احکام امضایی است؛ مثلاً آیه شریفه (احل الله البيع) چیزی جز امضای عقد بیع موجود در عرف و عادت زمان شارع نیست. اگر به احادیث عقد ضمان توجه کنیم می‌بینیم که قانون‌گذار اسلام عقد ضمان را تعریف نکرده‌است، بلکه آنچه را که در عرف زمان خود وجود داشته‌است امضا و تأیید کرده‌است. «۳۱».

❖ مقایسه جایگاه عرف در فقه و حقوق

با هم‌ستجی و تطبیق عرف در نظام‌های حقوقی و فقه اسلامی می‌توان به نکات ذیل دست یافت:

۱- عرف در فقه اسلامی دارای گستره و اهمیتی بسیار است. چنان‌که در حقوق نیز به دلیل مله‌یت عرف این اهمیت محفوظ است و حتی نظام سوسیالیستی نتوانست یک‌باره عرف را به کتاری نهد.

۲- متدرج شدن حجیت عرف در تحت عنلوینی مثل بئای عقلا، عرف را دارای قیود و صلاحیت‌های خاص برای حجیت قرار می‌دهد، لذا هر عرفی مورد امضای شرع نیست، چنان‌که نکاح شغار و بیع کالی به کالی و بعضی از انواع بیع معمول در زمان جلهلیت پذیرفته نشد و این نکته یکی از نکات اساسی تفاوت عرف در نظام حقوقی اسلام و دیگر نظام‌ها است.

هم اکنون در بسیاری از کشورهای دارای قانون نوشته اگر عرفی رایج شود و مخالف نص قانون نباشد، ممکن است به صورت یک عمل مورد قبول و حمایت دولت قرار گیرد ولی از دیدگاه حقوق اسلامی عرف خلاف اخلاق حسنه و شرافت انسانی مورد قبول نیست. شیخ انصاری در مبحث معاطات در این زمینه می‌گوید:

اما ثابت بودن سپره و استمرار آن تا زمان حاضر بر این که آنچه به صورت معاطات خرید شده به ارث می‌رسد، این امر نیز مانند بقیه سیرمهای مردم ناشی از مسلمحه و بی‌توجهی نسبت به احکام دین است که در عبادات و معاملاتشان قابل شمارش نیست "۳۲".

وجود احکام امضایی قولان در اسلام که در مواردی با حذف و اضافه قیود و شروطی همراه بوده‌است حاکی از اهمیتی است که این سیستم حقوقی برای عرف قائل است و از جهتی هم باید قائل باشد؛ زیرا «وقتی که یک سیستم قانون‌گذاری تازه پا به وجود می‌گذارد یا در کشوری حکومت جدیدی سرکار می‌آید بدیهی است که تا سال‌ها بلکه قرن‌ها نمی‌تواند برای هر مسئله حقوقی، قانون و طرز فکر جدید عرضه کند و مصلحت هم نیست، پس ناچار است



تصریح نکرده‌باشند، چنان‌که در تعریف آن گفته‌اند: مراد از مستحسن بودن این است که فعل تا زمانی که دارای مصالحی نباشد و متضمن خیر اجتماعی یا فردی نباشد و وجوه نیکی نداشته‌باشد، نزد آحاد جامعه مقبول واقع نمی‌شود و متداول عرفی نمی‌گردد "۳۶".

البته چنان‌که روشن است هر یک از قیود در تعریف مذکور نسبت به هر جامعه، آداب و فرهنگ افراد متفاوت است.

۷- گرچه به دلیل مقام بحث فقط از عرف به عنوان منبع فقه و حقوق بحث شد، ولی نقش عرف در فهم ظهورات کلمات و جمله‌ها، تعریف، تحدید و توسعه موضوع احکام، بسیار اساسی است که البته این خصیصه عرف در همه نظام‌های حقوقی مشترک بوده و اختصاص به مذهب و مکتب خاصی ندارد. در فقه از عرف برای اثبات حجیت بعضی از منابع مثل استصحاب و حجیت خبر ثقه نیز استفاده شده‌است که مربوط به روش‌شناسی فقه است و به صورت جداگانه از آن صحبت خواهیم کرد.

دو-عقل

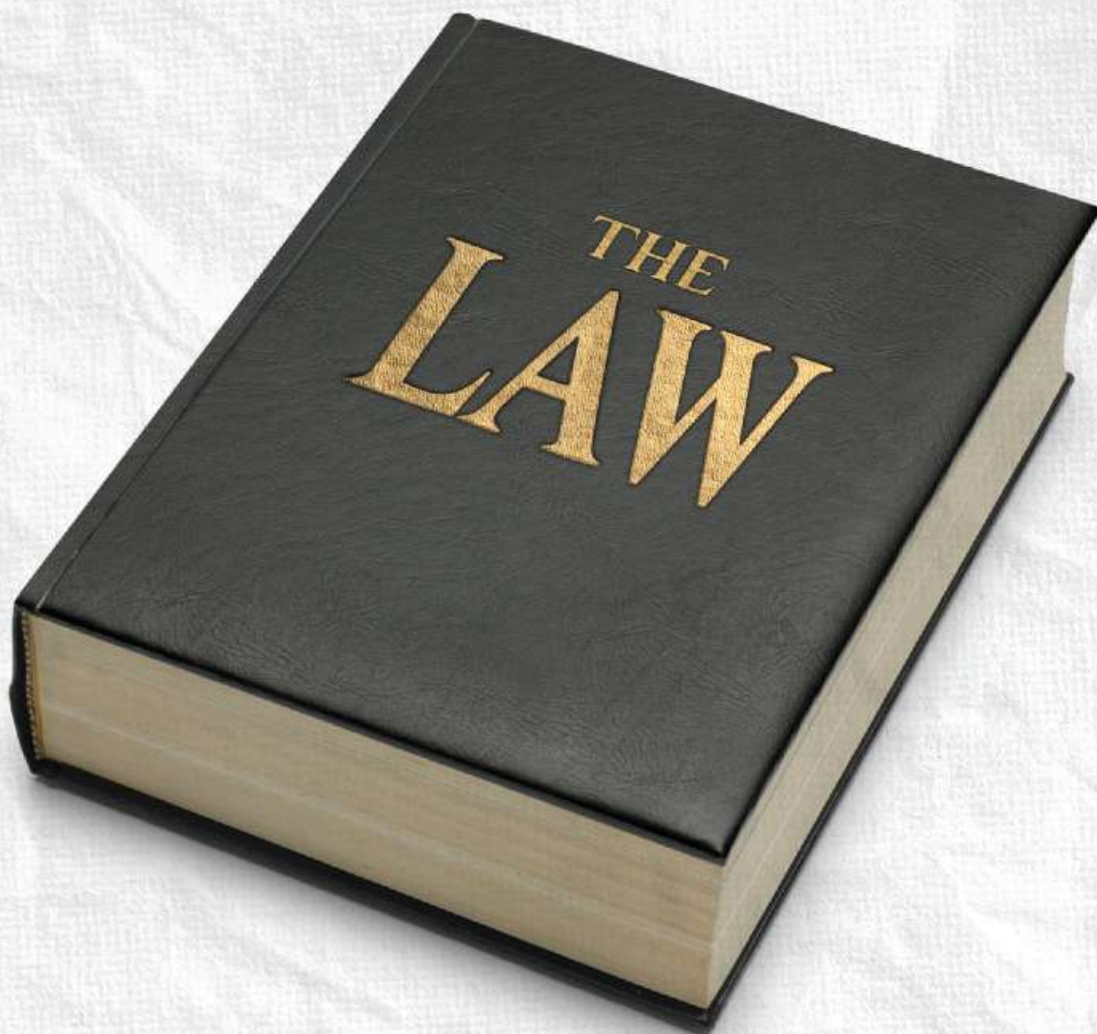
یکی دیگر از منابع فقه و حقوق که فی الجمله به صورت مستقیم و غیرمستقیم مورد استناد قرار گرفته و به کمک آن قواعد حقوقی وضع می‌شود عقل است. با ذکر مختصری از جایگاه عقل در فقه و حقوق به نتیجه‌گیری و مقایسه بین این دو می‌پردازیم. قبل از ورود به بحث، این نکته را باید یادآوری کنیم منظور از عقل یا مستقلات عقلیه است، که عقل انسان یک حکم حقوقی را رأساً و بدون کمک نص شرعی و قانونی کشف کند و یا منظور غیر مستقلات یا استدلالات عقلی است که با کمک یک نص قانونی و یا شرعی، حکمی جدید را بتوان استخراج کرد و به عبارت دیگر یکی از دو مقدمه غیر عقلی است.

۳- چنان‌که گفتیم در بعضی از نظام‌های حقوقی موارد رجوع به عرف باید مورد تصریح قانون‌گذار باشد. این امر شبیه به نظریه گروهی است که در حجیت عرف مطلقاً ولو به نحو عدم ردع، امضای شرع را لازم می‌دانند.

۴- در بعضی از نظام‌های حقوقی طرف‌داران تفسیر موسع "۳۳". از متون قانونی، به دنبال آن هستند که به هر نحو ممکن واقعیات و عرف‌های رایج در خارج را با قانون یا قانون را با واقعیات و سیرهای موجود در خارج تطبیق دهند. نظریه و عمل این گروه همانند نظریه حقیقه است که عرف عام را مخصص نص می‌دانند و برخی از ایشان پا را فراتر گذاشته و در عرف خاص نیز همین حرف را زده‌اند، "۳۴". گرچه در نزد امامیه حجیت سیره و بنای عقلا مشروط به عدم مخالفت با نص است "۳۵".

۵- همان‌طور که گذشت در کتاب و سنت، مواردی از عرف امضا شده است. این امر موجب می‌شود این دو منبع بزرگ و اصلی فقه اسلامی در قسمت‌هایی قابل مقایسه با دیگر منابع نظام‌های حقوقی باشد؛ به عبارت روشن‌تر، هنگام مقایسه منابع فقه و حقوق ممکن است متبادر به ذهن این باشد که به دلیل ویژگی خاص کتاب و سنت این دو از دایره مقایسه خارج باشند؛ زیرا این دو از منابع اختصاصی فقه اسلامی می‌باشند، ولی با تدبر و دقت در مضامین در بسیاری از آیات و روایات فقهی - در بخش مورد نظر ما - روشن می‌شود که این موارد امضایی بوده و تأسیس کم‌تر به چشم می‌خورد.

۶- در تعریف عرف و شمارش عناصر آن در کتب حقوقی، تکرار و الزام دو رکن اساسی شمرده شده است، اما در فقه اسلامی شرط مستحسن بودن فعل نیز لازم است. البته این امر یک قید توضیحی است که به نظر نمی‌رسد وجه قارق بین فقه و حقوق باشد؛ یعنی نکته فوق‌علی‌القاعده در همه عرف‌ها لازم است ولو بدان



از آن جا که عدالت، در خانواده رومی- ژرمنی همواره جزء حقوق بوده است، حقوق دانان این خانواده حقوقی حاضر نبوده اند راه حلی را که از لحاظ اجتماعی به نظر آنان غیر عادلانه می آید بپذیرند "۳۸".

به همین دلیل، در صورتی که رجوع به اصول کلی در متن قانون هم پیش‌بینی نشده باشد به این اصول کلی که یکی از آن‌ها عدالت است مراجعه می‌کنند. "۳۹". اگر این نکته را در سیستم حقوقی رومی- ژرمنی بپذیریم این سؤال مطرح می‌شود که آیا تشخیص عادلانه و ظالمانه بودن قانون، از موارد استناد به حسن و قبح عقلی نمی‌باشد.

نظام حقوقی رومی-ژرمنی خانواده‌ای از نظام‌های حقوقی است که در درجه اول بر پایه حقوق روم شکل گرفته و مهم‌ترین ویژگی آن نقش عمده قانون و تدوین مجموعه قوانین است که متبع اصلی آن به شمار می‌روند، به همین جهت به حقوق مدون و حقوق نوشته نیز شهرت دارد. قواعد حقوقی در این نظام به عنوان قواعد کلی رفتارهای

آن‌چه در این جا مورد بحث ماست مستقلات عقلیه است؛ چه این که غیر مستقلات روشی است که به کمک آن در هر سیستم و نظام حقوقی از آن استفاده می‌شود و مخصوصاً قضا و حقوق دانان در زمان استفاده و یا طرح یک ماده اصل قانونی لوازم عقلی آن را بیان می‌دارند و این عمل اختصاص به مکتب خاصی ندارد چنان که گفته‌اند: در همه سیستم‌های حقوقی استلزامات عقلیه را قبول دارند و دست کم عملاً مخالفی ندارد "۳۷".

الف- عقل و نظام حقوقی رومی - ژرمنی:

در نظام حقوقی «رومی- ژرمنی» چنان که بیان شد از عقل سختی به میان نیامده است و هیچ‌گاه طبق قاعده مستقلات عقلیه و حسن و قبح عقلی قانون‌گذاری نمی‌کنند. در عین حال، چنان که قبلاً گفتیم در این نظام اصول کلی به عنوان یک متبع، در صورت نبودن منابع دیگر مطرح شده است و حقوق دانان یکی از اصولی‌ترین خصیصه‌های این نظام را عدالت دانسته‌اند، برای مثال گفته‌اند:



در همهی زمینها ظهور کرد و یکی از جنبه‌های مهم آن جنبه‌ی حقوقی بود. جامعه با تجدید حیات شهرها توسعه‌ی تجارت به این فکر رسید که فقط حقوق می‌تواند نظم و امنیت و در نتیجه امکان پیشرفت را فراهم کند، آرمان ایجاد جامعه‌ای مسیحی مبتنی بر احسان کنار گذاشته شد، از به وجود آمدن شهر خدا بر روی زمین صرف نظر شد و مذهب و اخلاق از نظام مدنی و حقوق تمییز داده شدند. برای حقوق، وظیفه‌ای خاص و نوعی استقلال نسبت به مذهب و اخلاق در نظر گرفته شد که از آن پس ویژه‌ی طرز فکر و تمدن غربی گردید. البته این به معنای عدم تأثیر مذهب (مسیحیت) در اصول و قواعد این نظام حقوقی نیست و به اعتقاد محققین، مبنای این نظام حقوقی را باید قواعد رم و تعلیمات اخلاقی مذهب مسیح علیه السلام و افکار آزادیخواهانه‌ی حکیمان مغرب زمین دانست. این نظام حقوقی دارای ویژگی‌هایی است که مهم‌ترین آن‌ها اهمیت دادن به قانون نوشته به عنوان منبع اصلی حقوق است. در کشورهای خانواده رومی- ژرمنی نظر بر این است که بهترین روش برای رسیدن به راه‌حل‌های عادلانه حقوقی استناد حقوقدان به مقررات قانون است. در این کشورها قانون دارای سلسله مراتبی است و در رأس این سلسله قانون اساسی قرار دارد که مقررات آن دارای اعتبار خاصی است و با تشریفات خاصی پذیرفته و یا اصلاح می‌شود. ولی در عین حال می‌توان در بین این کشورها در مورد آن‌چه مربوط به قانون است تفاوت‌هایی را مشاهده نمود از جمله، مطابقت قانون عادی با قانون اساسی، قانون‌نویسی، فرق بین قانون و آیین‌نامه و تفسیر قانون. تأکید بر قانون نوشته نقش قضاوت و تصمیمات قضایی در تکامل این نظام حقوقی را ناچیز نموده است.

از طرف دیگر، دکترین (تظریات حقوقی دانشمندان حقوق) که روش‌های کشف حقوق و تفسیر قانون را ایجاد می‌کند از طریق تأثیری که بر قانون‌گذار داشته است یکی دیگر از منابع غیرمستقیم این نظام حقوقی شناخته می‌شود. این نظام حقوقی در اروپای بزرگ (اروپای منهای انگلستان) شکل گرفت و مرکز اصلی آن نیز امروزه همان‌جا است؛ هرچند که در نتیجه‌ی پدیده‌های توسعه‌طلبی و استعمار یا عوامل دیگری، کشورهای متعددی در خارج اروپا به این نظام پیوسته یا پاره‌ای از عناصر آن را جذب کرده‌اند.

اجتماعی و انسانی تلقی شده و در ارتباط نزدیک با عدالت و اخلاق است. این حقوق به طور تاریخی برای تنظیم روابط خصوصی بین افراد ایجاد شده و حقوق مدنی در آن پیش از همه پدید آمده و بیش از بخش‌های دیگر گسترش داشته از همین رو در زبان انگلیسی آن را «حقوق مدنی» (Civil Law) نیز می‌نامند. از آن‌جا که شکل‌گیری قواعد این نظام حقوقی بیشتر در دانشگاه‌های کشورهای لاتینی و ژرمنی اروپا صورت گرفته آن را «رومی-ژرمنی» و با توجه به نقش اساسی حقوق روم در آن حقوق رومانیستی هم می‌نامند، هرچند باید توجه داشت نظام‌های حقوقی امروزی پیر و این خانواده تفولت‌های قاحش با حقوق روم دارند.

حقوق رومی-ژرمنی بر اثر استعمار به بسیاری از کشورهای جهان وارد شده و علاوه بر آن بسیاری از کشورهای دیگر هم به پذیرش ارادی آن اقدام کرده‌اند. در نتیجه سرزمین‌های بسیار وسیعی امروزه بر پایه این نظام حقوقی اداره می‌شوند. خانواده حقوقی رومی-ژرمنی سابقه‌ی تاریخی بسیار طولانی دارد و پیشینه‌ی آن به حقوق رم قدیم می‌رسد. لکن تحولی که طی بیش از هزار سال در آن رخ داده است نه تنها از لحاظ قواعد ظاهری و شکلی، بلکه حتی از نظر مفهوم حقوق و قاعده‌ی حقوقی آن را از حقوق رم قدیم به طور قابل ملاحظه‌ای دور کرده است. حقوق رومی-ژرمنی ادامه دهنده‌ی حقوق رم و نقطه‌ی کمال تحول آن است. اما به هیچ‌وجه رونوشت آن نیست، بویژه آن که بسیاری از عناصر آن از منابعی بجز حقوق رم سرچشمه گرفته است. عصر پیدایش حقوق رومی-ژرمنی از نظر علمی قرن سیزدهم میلادی و به دنبال تجدید حیاتی بود که