

عادت

تعریف - عادت عبارت است از عرف متداول در يك اجتماع که آن اجتماع آنرا از لحاظ حقوقی الزام آور شناخته است. این همان حقوقی است که بوسیله آداب و رسوم ایجاد گردیده است *Le Jus moribus constitutum*.

سابقه تاریخی آن - اگر ما با وجود آن تفاوتی که زندگی نوین برای قانون می‌شناسد مطالعه خود را از عادت شروع می‌نماییم از جهت قدمت عادت است. قانون از وضعیت تمدنی که نسبتاً پیشرفته است غیر قابل تجزیه است. جوامع بدوی در حالی که در آنوقت متابعت از عادت مبرکند باین امر واقف نبودند. بطور یقین مدارک نوشته مربوط به عهد عتیق در آنوقت طبیعت قانون را داشتند:

مجموعه قوانین هامورای *Le code d'Hammourabi* در بابلون *Babylon* که متعلق به ۲۰۰۰ سال قبل از میلاد مسیح است قوانین موسی قوانین مانو *Manou* در هند قدیم و قوانین کم و بیش افسانه مانند سولن *Solon* و دراکن *Dracon* در آتن از این قبیل اند. لکن اغلب احکام این آثار یا مؤلفات حقوقی فقط يك انشائی از عادت ماقبل م‌بودند.

تشکیل تدریجی آن - عادت مانند قانون بواسطه يك عمل واحدی پیدا نمیشود لکن بواسطه تکرار اعمال مشابه و آن تصویری که نسبت بنسب نیروی الزام آور آن دارند پدیدار میگردد. این تصور نسبت بقوه اجباری عادت بفتنا ظاهر نمیگردد؛ بلکه نتیجه يك کار تدریجی در ذهن ها است. بدون شك بعضی از مؤلفین برای احکام متوالی دادگاهها بیشتر تأثیر قطعی برای تشکیل عادت قابل پیشوند تا برای عتیده عمومی (۱). در همین معنی نرارد عادت را بمنزله «سابقه میدانند که مثل گلوله برف بتدریج تشکیل شده است». محقق است که بوسیله همین مراحل غیر محسوس است که يك سنتی بیک عادت حقوقی تغییر میکند، ورود عادت را بفلمرو حقوق نمیتوان احساس کرد. همچنین حدفاصل بین عرف ساده و عادت بخصر معنی غیر محسوس است و مسئله دقیقی را که عادت در زندگی حقوق بوجود می‌آورد همان مسئله اثبات آنست.

عناصر متشکله آن - حقوق قدیم فرانسه که رژیم آن تا زمان تدوین قوانین ناپلئون (۱۸۰۴) اصولاً مبتنی بر عادت میبود يك تئوری مقرر داشته بود که لامبر آنرا «تئوری رومی - شرعی عادت *Romano-Canonique de la coutume* مینامید» و میتوان آنرا بدو عنصر زیر خلاصه کرد:

الف) لازمه وجود يك عادتى بدو آن بوده كه عموم ذينفعان بطور يكنواخت آن قاعده را رعایت نموده باشند و این عمل باید نسبتاً زمانى طول کشیده باشد. این همان عنصر کلی یا برون ذاتى l'élément objectif میبوده است.

ب) در محیطهائى كه این قاعده رعایت می شود باید این نظر حكومت كند كه رعایت آن قاعده ضرورى است. این همان l'opinie necessitati یا درون ذاتى l'élément subjectif میبوده است.

اثبات عادت - سابقاً اثبات يك عادتى بعهده آن كسى بود كه بآن استناد میكرد. در صورت فقدان عادات مدرک اثبات این امر بوسیله كلیه طرق معمولی و علاوه بوسیله « l'enquête par turbe » بوده است: بدین ترتیب كه دادگاه بكمده از اشخاص برجسته محل را جمع می كرد و بآنها مشورت مینمود. همچنین ممكن بود كه بیک سرى از استاد پیشین كه عموماً نوشتجات بوده و متضمن قاعده مورد بحث میبودند استناد جست. همچنین با اتفاق میانفاد كه رای كسب اطلاع درباره وجود يك عرفى دادگاه، مقامات ادارى محل مراجعه مینمود. مجمع مشاوره در پاریس در اطلاق انجمن شهر و در نوشتات در شورای شهر تشكيل میشد.

نگارش عادات - احتیاج بتشکیل مجموعه هاى كه در آن عادت بصورت نوشته نقل شده باشد نتیجه عدم اعتدای است كه مقتضى طبیعت است. در فرانسه اولین مجموعه هاى «مخزوى عادات» بوسیله حقوق دانان خصوصى فراهم شدند، تاریخ آنها از قرن سیزدهم شروع میشود. بعداً شارل هشتم بوسیله فرمان (۱۰۶۵۴) دستور داد كه عادات مربوط باستانها را رسماً انشاء نمایند. این كار مهم در نیمه دوم قرن پانزدهم و نیمه اول قرن شانزدهم انجام پذیرفت. در سوئیس سنت بر این بود كه در چند ناحیه هر سال در مجامع كشور (اجتماع افراد در روز معین در میدان عمومى - Landsgemeind) با در قلمرو كشیش در مقابل عموم عادات محلى را می خواندند.

معمداً این عادات نوشته شده حتمی عادات نوشته شده رسمى هم قابل تشبیه با قوانین نیبودند آن عادات آداب و رسوم حقیقى بكدوره معینی را منعكس میكردند. لکن هیچگاه نیروی مولده آنها از اونبافتاد. همیشه دريك مرافقه ای طرفین دعوى مجاز بودند كه ثابت نمایند كه آن عادت پس از تدوین شدن تغییر کرده یا از بین رفته است.

متر و كیت عادت - همانطور كه عادت بواسطه واقعیات روزانه زندگی عامه مردم متولد میشود همانطور هم میبرد. هنگامیکه آن عادت دیگر بانایزهای حیوانى هم آهنگى ندارد مانند يك برگ درختى در پاییز یزمرده میگردد. عادت در اثر عدم استعمال موقوف میشود. این همان امری است كه آنرا متر و كیت مینامند.

نقش جدید عادت در حقوق خصوصى - اگر قرن نوزدهم عادت را بدرجه دوم تنزل داد تا بقانون مقام شامخی اعطاء شود بانام اینها عادت را از بین نبرد. امروز عادت نقش مهمی را بازی میکند كه مكتب سوئیس ولوژيك (مربوط با اجتماع شناسى) مخصوصاً آنرا در ردیف اعلامی قرار میدهد. بدین قرار تیلو Thilo عادات قابل توجهی را كه در واله اعلی Haute-Valais (در سوئیس) در مورد مراتع معمول بودند تشریح نموده است. این مراتع كه در كوهستانها یادشها ملك مشاع افراد محل هستند زیر نظر يك « كندخدا بارئیس » اداره میشوند و وحدت حقوقی موجود در این مراتع عبارت از حق چرای يك گاو ماده در آن كوهستانها در تابستان است. قطعات چوبی كه در دست رئیس و سایر ذینفعان قرار میگیرد (این چوبها تقریباً نظیر همان چوب خطهائى هستند كه در

قدیم در ایران بخصوص در دکان‌های نانوائی معمول بوده و هنوز هم در شهرهای عقب افتاده و دهات معمول اند - مترجم) بعنوان مدرک حقوقی بکار میروند: یکی از این چوبها در دست رئیس قسمت و دیگری در دست صاحب حق است، این دو قطعه چوب باید باهم هفت و منطبق باشند (۲).

قانون مدنی سوئیس برعکس قانون ناپلئون از همان ماده اول دربر روی عادت باز میکند، بدین ترتیب که حکم میکند که قاضی باید در صورت موجود نبودن يك قاعده قانونی قابل اعمالی طبق حقوق عادی (مبتنی بر عادات) اظهار نظر کند. عموماً مفسرین معتقدند که مقصود آن عادی است که در دسترس کشور سوئیس معمول است یا لااقل در سایر نواح سوئیس مصادف با تناقضی نمیشوند. این امر به منظور حفظ وحدت حقوق مدنی فدرال است. از همین طریق مربوط به عادت است که اصل کتمان اسرار بانکی تثبیت شده (۳) و سپس بواسطه قانون فدرال دمورد بانکه بصورت فورمولی درآمده است.

عرف‌های قراردادی - در يك ناحیه یا در يك حوزه تجارتي عرف‌هایی مقرر شده‌اند که برای تکمیل و تفسیر قراردادها بکار میروند. اینگونه عرف‌ها جانشین اراده فرضی طرفین قرارداد هستند. همانطوری که مثلاً در مورد اجاره « مستأجر موظف است مال الاجاره را در مواعد معینه قرارداد یا عرف محل پرداخت کند » (ماده ۲۶۲ قانون تعهدات سوئیس). عرف‌های تجارتي گاهی اوقات آنها را usances (مهله ثلاثین يوماً لدفع وعده - ۳۰ روز برات یا حواله است) مینامند در مورد مبادلات، در گذشته‌ای از امور تجارتي معمول اند. در پیشه‌وری و امور صنعتی عرف‌های حرفه‌متعددی وجود دارند که روابط بین کارفرمایان و کارگران را تحت قاعده درمآوردند. این عرف‌ها بوسیله دادگاه‌هایی که از شورای مشترک کارفرمایان و کارگران تشکیل میشوند در مورد اختلافات اعمال میگرددند.

بعضی از مؤلفین اباء دارند از اینکه باین عرف‌های قراردادی - همانطور که نامیده شده‌اند - کیفیت عادت را بدهند. مؤلفین مذکور در این عرف‌ها بیشتر شروط مستتر را میبینند تا قواعد حقوق موضوعی (برون ذاتی) را (۴). دیوان عالی فدرال سوئیس هم همین نظر را دارد (۵). معذک وقتی که يك عرف وابسته بقلمرو عقود اینقدر عمیقانه پایگیر میشود که ذینفمان آنرا الزام‌آورد تلقی میکنند آن عرف وضوح يك عادت حقیقی را بخود میگیرد (۶). معمولاً عمل شرط ضمنی Clouse de style، یعنی آن شرایطی که آنقدر در قراردادها مکرر شده‌اند که نهایتاً بطور ضمنی آنها را جزو سند تلقی کرده‌اند، به همین نحو بوده است.

عادت در حقوق عمومی - عموماً اهمیت عادت در حقوق عمومی شناخته شده است (۷). حقوق اساسی انگلستان فقط بطور خیلی جزئی بر خصوص قانونی استوار شده. اس اساس این حقوق را آداب و رسوم قدیمی فراهم کرده است (۸). حتی در کشورهایی که دارای يك حقوق اساسی مدون اند هنوز عادت در خارج این منشورها اعمال اثر میکنند. تکرار اعمال، یعنی عادات، بنحوی استقرار پیدا کرده‌اند که امروز بمنزله قواعد غیر قابل تغییری تلقی شده‌اند. بدین ترتیب تبویض صلاحیت از طرف قوه مقننه بقوه مجریه - که در سوئیس با اختیارات کاملی اعطاء شده - مبتنی بر هیچگونه نصی از حقوق اساسی نیست. با تمام این احوال این امر بکرات و در موارد مهم یا فوری عادتاً مورد عمل گذارده شده است. بعضی از مؤلفین از این عادت يك تاسیس بنام حقوقی عادی تشکیل میدهند (۹).

عادت در حقوق جزاء - در عوض اعمال عادت در حقوق جزا نفی شده است. بجز

در مورد قانون جزای جدید آلمان، اصلی که بر حقوق جزای مدرن حکومت میکند انحصار قانون را برقرار کرده است: *Nulla poena sine lege* (۱۰). هیچ عملی جرم شناخته نمیشود و حکم به هیچ مجازاتی نمیتوان داد مگر بموجب یک قاعده قانونی. علت وجود این تئوری فقط حمایت فرد از گزند اعمال خودسرانه است. جمود حقوق جزا مانع آن میشود که قاضی هر گونه قاعده را که مربوط بآداب و رسوم قدیمی است و وارد در قانون نشده است استناد کند.

درست است که گاهی اوقات از عادت یا حتی از قانون یا حتی از اصول حقوقی در ممالک متحده آمریکا گفتگو میکنند. اما معنی این قانون از لحاظ اجتماع شناس است نه از لحاظ حقوقی. هنگامی که یک فرد بجهت یک جنایت نسبتاً نفرت آوری مفسر شناخته شده اتفاق می افتد که آن نفرت بطوری توده مردم را بخشونت می آورد که فرد دستگیر شده را از چنگ پلیس بیرون آورده و بضرب سنگ، مشت، لگد، غیره آنرا نابود مینمایند. این فرد عموماً یک نفر سیاه پوست است. بطور تحقیق این عمل یک سنت قدیمی است، ولی هیچ مبنای حقوقی ندارد. این رسم قدیمی نمی تواند قضات و هیئت اداری را که باید بر عکس در حفظ آیین منظم کوشا باشند پای بند بکند.

عادت در حقوق اشخاص - یا حقوق دول - در حقوق بین الملل عمومی عادت

یکی از منابع اصلی محسوب میشود. از این جهت است که مطالعه تاریخ بستگی بسیار نزدیکی با مطالعه این دیسیپلین (نظامات) دارد. فی الواقع موضوع عبارت از بررسی دقیق تکرار مکررات در گذشته است که شرط لازم عادت محسوب میگردد.

محاسن و معایب عادت - حسن عادت آنست که چون مولود عمل و تجربه است

سابقاً مطابق با نیازهای اجتماعی شکل بخود میگیرد، چنانچه در اوضاع واحوال تحول و تکاملی حاصل آید عادت خود را با آن دمساز و هم آهنگ میکند. در آن جایی که تدارک قانون یک مکانیسم پیچیده ای بکار میاندازد و تهیه قانون مدت زمانی طول میکشد، عادت سریعتر میتواند وضع یک آیین نامه کاملی منتهی شود. وانگهی بیشتر اوقات اتفاق می افتد که عادت راه را برای قانون باز میکند که بعداً تهیه قانون محدود بآن میشود که تجارب مبتنی بر عادت تدوین گردد مقررات مربوط بهیودومرور بهمین ترتیب تهیه شده اند. (۱۲).

در عوض عادت دارای معایب خطیری است که قانون را بر آن ترجیح میدهند: اثبات و شناسایی عادت مشکل است، عادت امری است که نه صراحت و نه قطعیت دارد. آن امنیتی را که قانون برای مراجعین حقوقی تأمین میکند خیلی کاملتر است.

(۱) عمل (وظیفه) حقوق مدنی تطبیقی تالیف اداوارد لامبر چاپ پاریس توسط ژباردوبریر Giard et Brière. سال ۱۹۰۳، ص ۱۱۷، بیعد، بورخات Birkhardt، Einführung، ۲۰۶.

بفیده بلانیل Planiol عمل دادگاهها حتی انحصاری است (رساله علمی مقدمه ای حقوق مدنی چاپ پاریس توسط کتابخانه عمومی حقوق و رویه قضائی، چاپ دهم، سال ۱۹۲۵، شماره ۱۱، زیر نویس).

(۲) برای توضیح بیشتری بر رساله دکترای اینجناب (مترجم) ص ۱۹۹ بیعد و بکناب لاولی در مورد مالکیت Laveleye: De la propriété مراجعه بشود.

(۳) Rev. SSe. jurist جلد ۲۵ ص ۵۸ بیعد.

(۴) کنتان اسرار شفل بانکداری تالیف ژرژ کاپیتان چاپ ژنو در سال ۱۹۳۶ بشرح دو رأی از دیوان عالی فدرال که منتشر شده است، ص ۱۹۹ و ۱۹۴.

- (۵) متد تفسیر و منابع تألیف ژنی چاپ پاریس توسط کتابخانه عمومی حقوق و رویه قضائی، چاپ دوم، جلد دوم، ص ۴۱۸ بهمد
- (۶) رأی دیوان عالی فدرال، ۵۳ جلد دوم، ص ۳۱۰ .
- (۷) همین است عقیده آندره پاش André Pache که رساله دکترای آن در باره عادت و عرف ها در حقوق خصوصی مشتمه ، چاپ لوزان سال ۱۹۳۸ ، پس از يك بررسی شایسته ای برای دل خلاصه عادت حتی در موردی که آن عادت مخالف قانون است راه حل مساعدی می شناسد .
- (۸) رجوع بمنال بکم ضمیمه این فصل بشود .
- (۹) مثالهایی در بررسی های آرمین جون Arminjon تحت عنوان : موقعیت حقوق اساسی در قانون گذاری انگلستان مجموعه کار های دانشکده حقوق دانشگاه ژنو چاپ سال ۱۹۳۸ یافت میشود .
- Giacometti, Festgabe für Fleiner, Tubingen Mohr 1927, p340 (۱۰)
- (۱۱) ماده اول قانون جزای سوئیس .
- (۱۲) يك قسم آیین دادرسی سریعی است که پس از قرن ۱۷ در ممالک متعدد معمول بوده و بوجوب این قانون عامه مردم جانپ را در حال جرم مشهود گرفته و قاضی بدون معاکمه بلا درنگ آنرا محکوم بمرک مینماید (مترجم) .

محمد اعتضاد بروجردی

در منجزات مریض

نظر بآنکه بحث در منجزات مریض شامل نکات علمی و قضائی است و کمتر مورد توجه واقع میشود از اینجهت بحث خود را در اینمقاله منحصر بتوضیح و بیان مصادیق منجزات مریض قرار دادم امیداست مورد توجه همکاران محترم واقع گردد .

منجزات مریض یا تبرع محض است یا غیر تبرعی است : قسم اول مثل آنکه مریض مالی را بدیگری ببخشد یا فوت نماید . قسم دوم آنستکه مریض بادبگیری معامله محاباتی یا معاوضه نماید عده ای از علماء متقدمین منجزات مریض را اختصاص بهمان قسمت تبرعی قرار داده اند و قسمت دوم را بعنوان معامله و معاوضه تلقی نموده اند :

اقسام مذکور فوق یا مصادف با فوت مریض میشود یا آنکه مریض بعد از اتیان بامور مذکور سالم و رقع مریض او میگردد .

قسمت اخیر از قبیل عملیات مریض منجز و قابل رد از طرف خود مریض یا ورثه او بعداً نیست :