

## آثار عرف و عادت در حقوق مدنی

### ۱ - سابقه تاریخی

در هر اجتماعی دعاوی و منازعاتی بین مردم بروز میکند که حل آن مستلزم وجود قواعد حقوقی است باید دید این قواعد حقوقی بچه صورتی تنظیم شده و منشاء آن چیست ؟

گرچه تنظیم این قواعد در حال حاضر بعهده دولتها و قوای مقننه واگذار شده ولی ایجاد این قواعد با تشکیل دولت ارتباط ندارد !

زیرا در میان قبائل وحشی و دور از تمدن هم که قانون در میان آنها وجود ندارد قواعد و حقوقی مشاهده میشود. منشاء این قواعد این است که از قدیم بین آنان منازعاتی بروز کرده و افراد جامعه بعداً آنها بوسائل دوستانه یا مراجعه بشخص ثالث رفع کرده‌اند و همینکه برای بار دوم اختلافی بین دو نفر بروز کرده در حل آن از قاعده و روش خاصی پیروی کرده‌اند و شاید خود طرفین دعوی یا افراد دیگر هم راه حل سابق را برای رفع اختلاف مناسب تشخیص داده‌اند و از آن تبعیت کرده‌اند بهمین ترتیب اختلافات تکرار شده و افراد در قطع و فصل دعاوی خود بهمان روش توسل جسته‌اند تا آن روش حکم یک عادت « Usage » را پیدا کرده است.

همین عقیده و ایمانی که بلزوم رعایت قاعده معین در مورد مخصوص بتدریج در ذهن مردم پیدا شده ریشه قواعد حقوقی است بنا بر این عرف و عادت را میتوان اولین منبع حقوق شمرد.

در ادوار قدیم عرف و عادت اهمیت زیادی داشته زیرا در آنموقع قوه مقننه که عهده‌دار وضع قوانین است وجود نداشت بدو عرف و عادت بخودی خود پیدا شده و استمرار و ضمانت اجراء پیدا میکرد بعداً هم محاکم احکام عرف را تطبیق و تأیید میکردند ولی - بتدریج چون معاملات توسعه پیدا کرد و روابط حقوقی مردم زیاد شد عرف و عادت جای خود را بقانون داد .

با اینحال عرف و عادت اگر مستقیماً در حقوق کشورها تأثیر نداشته باشد بطور غیر مستقیم در حقوق هر کشوری مؤثر است به این معنی که قانونگذار مادام که منظورش رفع احتیاجات اجتماعی و اقتصادی است نمیتواند عرف و عادت را نادیده بگیرد زیرا عرف و عادت نتیجه طبیعی معاملات مردم است و بر حوائج زندگی آنان انطباق دارد و قانونگذار نباید برخلاف عرف و عادت و احتیاجات مردم قواعدی وضع کند و بپرض اینکه چنین قواعدی وضع کند دیر یا زود از بین خواهد رفت.

## آثار عرف و عادت

راجع بمریت و برتری هر یک از این دو منبع حقوق بردیگری از قدیم بین علماء حقوق اختلاف وجود داشته است.

طرفداران مکتب کلاسیک معتقد بودند که قانون تنها منبع حقوق است و میگفتند عرف و عادت راهم از این لحاظ که قانون اعتبار آنها ضمناً تأیید کرده است جزء منابع حقوق باید بشمار آورد.

بعبارت دیگر معتقد بودند قانون ناشی از اراده صریح قانونگذار و عرف و عادت ناشی از اراده ضمنی او است ولی طرفداران مکتب تاریخی عرف و عادت را ترجیح میدادند و میگفتند منبع واقعی حقوق احتیاجات و تمایلات جامعه است و چون عرف و عادت مستقیماً از فکر مردم سرچشمه میگیرد بر قانون ترجیح دارد.

امروز در مزیت قانون بر عرف و عادت تردیدی نیست زیرا تحولات جوامع بشری و برخورد مصالح اجتماعی و اقتصادی از اهمیت عرف در زندگی اجتماعی کاسته و بر اهمیت قانون گزاری افزوده است تا حدیکه فعلاً قانون منبع اصلی حقوق کشورها شمرده میشود عوالمی که این وضع را ایجاد کرده عبارت است از :

۱ - اصل تفکیک قوا که اغلب قوانین آنها پذیرفته اند و اختیار قانونگزاری را منحصرأ بقوه مقننه تفویض میکنند.

۲ - وظائفی که دولتها برعهده گرفته اند نسبت بسابق بیشتر شده است مثلاً اداره امور مربوط بپهداشت، بیمه اجتماعی و غیره سابقاً در اختیار افراد بود ولی فعلاً اداره آن امور را نیز دولتها برعهده گرفته اند و دخالت دولت که برای استقرار عدالت و مساوات بین افراد ملت صورت میگیرد طبعاً مستلزم وضع قانون است.

۳ - عبارات قانون در یک ترتیب ساده و قابل فهم تدوین میگردد که شخص برخلاف قواعد غیرمدون عرف در جستجوی آن باشکالی برخورد نمیکند.

۴ - متون قانونی بطور کلی جز در موارد استثنائی عطف بمسابق نمیکند در صورتیکه در تطبیق قواعد عرف اکثراً بگذشته رجوع میکنند از این جهت اجراء قانون به عدالت نزدیکتر است.

ولی باتمام مزایائی که قانون بر عرف و عادت دارد قانون نمیتواند حقوق را از عرف و عادت بی نیاز کند زیرا قانونگذار هر قدر دقیق باشد نمیتواند جزئیات اختلافات افراد را پیش بینی کرده قواعدی برای رفع آن اختلافات وضع کند. از اینرو آنرا بعرف و عادت واگذار میکند و عرف و عادت در غالب کشورها قانون را تکمیل میکند.

### ۴ - تعریف عرف و عادت :

از مجموع آنچه قبلاً ذکر شد میتوان گفت که عرف مجموعه قواعدی است که در بین جماعتی در اثر تکرار دائمی رعایت آن ایجاد میگردد و در ذهن مردم بدرجه ای رسوخ پیدا میکند که فکر میکنند رعایت آن اجباری است و عدم رعایت آن مانند عدم رعایت قانون است.

از این تعریف عناصر تشکیل دهنده عرف را میتوان چنین بیان کرد :

## آثار عرفی و عادت

۱ - عرف باید قدیمی باشد بعبارت دیگر باید در مدت طولانی بین مردم رواج پیدا کرده و ریشه قدیمی داشته باشد. البته قدمت هم مدت محدودی ندارد و مسئله‌ای نیست که قانون آنرا معین کرده باشد بلکه مسئله‌ای نظری است که بتشخیص قانون واگذار شده است.

۲ - عرف باید ثابت و معمول باشد بعبارت دیگر افراد جامعه متوالیاً آنرا شناخته و طبق آن عمل کرده باشند.

۳ - عرف باید عمومی باشد بدین معنی که از طرف تمام افراد جامعه رعایت گردد البته معنای عمومیت این نیست که در تمام قلمرو یک دولت وجود داشته باشد بلکه اگر در یکی از شهرهای یک کشور یا پیش صاحبان مشاغل یا صنعت معینی هم رواج داشته باشد کافی است و تشخیص این امر بنظر قاضی است و عادت یک یا چند نفر محدود چون فاقد شرط عمومیت است نمیتواند ایجاد عرفی را بکند.

۴ - عرف باید با عدالت و نظم عمومی و اخلاق حسنه مطابق بوده و با قوانین آسره مخالفت نداشته باشد زیرا اگر عرف با قوانین از این قبیل معارض باشد ارزشی نخواهد داشت.

۵ - عرف باید الزامی باشد بدین معنی که در ذهن خود رعایت آنرا مانند رعایت قانون لازم الاتباع بشمارند و تصور کنند عدم رعایت آن ضمانت اجراء قانونی دارد و ایجاد حقی میکند که قوای عمومی باید آنرا بنفع صاحب حق تضمین نمایند. ولی مجموع این شرایط بدو عنصر بر میگردد.

۱ - عنصر مادی « element materiel » که شامل صفات عمومیت، قدمت و ثبات است.

۲ - عنصر معنوی « element moral » که عبارت از احساس مردم به لازم-الاتباع بودن آن میباشد.

فرق عرف و عادت نیز در همین عنصر معنوی است. عادت دارای مقام شرایط عرف باستانی شرط الزامی بودن آن است.

نتایجی که از این عرف حاصل میگردد این است :

۱ - هنگامیکه شرایط مزبور جمع شد عرف اعتبار قانون را پیدا میکند و قاضی باید آنرا بدون اینکه احتیاج به اثبات از ناحیه طرفین دعوی باشد رعایت نماید ولی این نظر را بطور مطلق نمیتوان قبول کرد !

زیرا شناسائی قانون بدون از طریق انتشار آن در مجموعه‌های قوانین و روزنامه‌های رسمی امکان پذیر است ولی قاضی نمیتواند عاداتی را که بتدریج بوجود آمده و مرکب از عناصر متعدد است به آسانی پیدا کند از اینرو مصلحت طرفی که بعرف استناد میکند این است که آنرا اثبات نماید و قاضی هم باید اثبات عرف را از او بخواهد تا بوسیله کارشناسان و اهل فن راجع بوجود عرف تحقیق نماید سپس حکم صادر کند .

## آثار عرف و عادت

۲ - قواعدی که عرف ایجاد میکنند ممکن است از قوانین امری باشد یا از قوانین تعویضی و تکمیلی که مستقیماً جانشین اراده افراد میگردد.

ولی عادت همیشه اداره متعاملین را تفسیر و تکمیل میکند و مستقیماً هم التزامی برای آنان ایجاد نمیکند مگر اینکه صریحاً یا ضمناً آنرا خواسته باشند.

۳ - محکمه میتواند در قضیه مطروحه مستقلاً به عرف استفاده کند ولی به عادت ذیفع باید استناد نماید.

۳ - رعایت احکام عرف برای طرفین اگرچه جاغل بآن باشند الزامی است ولی رعایت عادت الزامی نیست. مگر اینکه طرفین صریحاً یا ضمناً آنرا خواسته باشند.

۵ - اثبات عرف از ناحیه طرفین دعوی ضرورت ندارد زیرا تشخیص عرف مانند اطلاع از قانون وظیفه قاضی است ولی هر کس بحکم عادت استناد نماید باید آن را ثابت کند.

از مجموع این نتایجی که ذکر شد باید بین عرف و عادت فرق گذاشت و این دو کلمه را مترادف هم استعمال نکرد درعین حال نباید از نظر دورداشت که فرق گذاشتن بین این دو بر قراری حد فاصل بین عرف و عادت هم خالی از اشکال نیست زیرا اکثراً عادت با گذشت زمان در یک محیط قاعده معینی را ایجاد میکند و بتدریج آن قاعده انتشار و رواج پیدا کرده و بعرف تبدیل میگردد. بی مناسبت نیست تعریفی را که «Thaller» از عرف و عادت کرده و فرق بین آن دو را مشخص ساخته است عیناً در اینجا ذکر کنیم.

Thaller میگوید :

« La coutume est une regle de droit impérative et d'ordre publique qui supplée a l'absence de la loi écrite ou qui meme conterevient a une position de cette Loi.»

L'usage est la clause tacite, sous - entendu dans une convention par laquelle les parties reglent leurs rapports suivant la pratique établie, Cette pratique est tentot general et tentot limitée a une industrie ou a une place particuliere. Dans les deux cas elle constitue un element d'interpretation des plus legitimes.»

## ۳ - آثار عرف در حقوق مدنی .

در اغلب قوانین جدید موادی وجود دارد که صریحاً در مورد سکوت قانون به عرف رجوع میکند.

ماده اول قانون مدنی سویس میگوید :

« هرگاه در قضیه مطروحه قانونی وجود نداشته باشد قاضی موافق عرف و عادت حکم میدهد و در صورت نبودن عرف و عادت بر حسب قواعدی که اگر خود او واضع قانون بود مقرر میداشت قضیه را حل و فصل مینماید در این صورت قاضی نظریه های حقوقی و رویه های قضائی را مبنای نظر خود قرار خواهد داد . »

## آثار عرف و عادت

مواد ۱۱۳۵ - ۱۱۵۹ و ۱۶۶۰ قانون مدنی فرانسه برای عرف و عادت ارزش قوانین تعویضی یا تفسیری را قائل میشود.

ضمناً در مواد ۵۹۰ - ۶۴۵ - ۶۶۳ - ۶۷۱ - ۶۷۴ - ۹۵۳ - ۱۷۵۴ - ۱۸۵۸ و ۱۸۵۹ حکم بسیاری از موضوعات از قبیل حق ارتفاق و حقوق ناشی از مالکیت و اجاره را موکول بعرف و عادت میکند.

در انگلستان حقوق اصولاً از عرف ناشی میشود و قوانینی که در انگلستان وضع گردیده در مقابل قواعد یشماریکه از عرف ناشی شده و فعلاً بان عمل میشود قابل مقایسه نیست.

در کالیفرنیا مسائل مربوط بتملك و تصرف معادن را قانونگذار بعرف احاله کرده است و علتش این است که این معادن در نواحی دور دست واقع شده و اشخاصیکه معادن مزبور را کشف کرده اند در بین اهالی محل بقواعد عرفی برخورد کرده اند که قانون نیز حل اختلافات را بان قواعد احاله کرده است.

ماده ۱۳۸ قانون مدنی مصر در تفسیر شرایط عقد به آنچه عرفاً مقتضای عقد است رجوع میکند و ماده ۳۰ قانون مزبور میگوید در حق ارتفاق شرایط عقدیکه وجود حق بر آن متوقف است و همچنین عرف بلد رعایت میشود.

قانون مدنی عراق اگرچه بین عرف و عادت از لحاظ آثار قانونی فرقی قائل نیست بعضی از قواعد کلی را بعرف احاله میکند ماده ۳۶ میگوید :

« العادة محكمة » .

ماده ۴۳ میگوید :

« المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » .

در ماده اول قانون مزبور نیز صریحاً در مورد سکوت قانون بعرف احاله شده است.

ماده ۳ - قانون آئین دادرسی مدنی ایران میگوید :

« دادگاههای دادگستری مکلفند بدعاوی موافق قوانین رسیدگی

کرده حکم داده یا فصل نمایند در صورتیکه قوانین موضوعه کشوری کامل

یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود

نداشته باشد دادگاههای دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه

و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نمایند . »

ماده ۴ آئین دادرسی مدنی میگوید :

« اگر قاضی بعد از اینکه قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح

نیست و یا متناقض است و یا اصلاً قانون وجود ندارد از رسیدگی و فصل دعوی

امتناع نماید مستنکف از احقاق حق محسوب خواهد شد . »

## آثار عرفی و عادت

ماده ۱۰۰ قانون مجازات عمومی نیز که تصور می‌رود از ماده ۱۸۰ قانون مجازات فرانسه و ماده ۲۸۰ قانون مجازات بلژیک الهام گرفته که برای قاضی مستتکف از احقاق حق مجازات انفصال از شغل قضائی پیش‌بینی کرده است و می‌گوید :

« هر یک از قضات محاکم یا مستنطقین یا مدعی العمومها تظلمی مطابق شرائط قانونی نزد او برده شده و رسیدگی بآن از وظائف او بوده و با وجود این بهر عذر و بهانه اگر چه بعد از سکوت یا اجمال یا تناقض قانون امتناع از رسیدگی کند یا صدور حکم را بر خلاف قانون بتأخیر اندازد یا برخلاف صریح قانون رفتار کند از شغل قضائی منفصل و علاوه بتأدیه خسارت وارده نیز محکوم خواهد شد . »

قطع نظر از مراتب فوق قانون مدنی ایران حل بسیاری از تضایا را صریحاً بعرف و عادت موکول کرده است و باینکه استحضار از مقررات قانون مدنی قسمتی از مواد مزبور را عیناً در اینجا نقل میکنیم :

ماده ۲۲۰ قانون مدنی می‌گوید :

« عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم مینماید بلکه متعاملین بکلیه نتایجی هم که بموجب عرف و عادت یا بموجب قانون از عقد حاصل میشود ملزم میباشد . »

ماده ۲۲۴ قانون مدنی می‌گوید :

« الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه . »

ماده ۲۲۵ قانون مدنی می‌گوید :

متعارف بودن امری در عرف و عادت بطوریکه عقد بدون تصریح هم منصرف بآن باشد بمنزله ذکر در عقد است .

ماده ۳۰۶ می‌گوید :

« هر چیزیکه بر اثر عرف و عادت جزء یا از توابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بردخول آن در مبیع بنماید داخل در بیع و متعلق بمشتری است اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند . »

ماده ۳۶۹ می‌گوید :

« تسلیم مبیع به کیفیات مختلفه است و باید بنحوی باشد که عرفاً آنرا تسلیم گویند . »

ماده ۳۷۰ می‌گوید :

« مبیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آنجا واقع شده است مگر اینکه عرف و عادت مقتضی تسلیم در محل دیگر باشد . »

## آثار عرف و عادت

ماده ۲۸۲ میگوید :

« هرگاه عرف و عادت از بابت مخارج معامله یا محل تسلیم برخلاف ترتیبی باشد که ذکر شد و یا در عقد برخلاف آن شرط شده باشد باید بر طبق متعارف یا مشروط در عقد رفتار شود و همچنین متابعین میتوانند آنرا بتراضی تغییر دهند . »

ماده ۹۰۰ قانون مدنی معنای مثلی و قیمی مذکور در قانون را بشخص عرف موکول کرده و میگوید :

« مثلی که در این قانون ذکر شده عبارت از مالی است که اشیاء و نظائر آن نوعاً زیاد و شایع باشد مانند حیوانات و نحو آن و قیمی مقابل آن است معذک تشخیص این معنی با عرف است . »

برای تشخیص اینکه چه امری اعتبار عرف و عادت را در قانون ایران پیدا کرده و لازم‌الرعايه است. باید دو امر را در نظر گرفت :

اول - قوانین شرعی اسلامی است که تا قبل از تدوین حقوق مدنی حکم قانون را داشته و در هر مورد که قانون مدنی ساکت باشد و حل مطلب بوسیله مقررات اسلامی میسر گردد بدون تردید باید بدان مراجعه نموده و آن را جانشین مورد سکوت قانون قرار داد .

مثلاً اگر زوج دادخواستی بدادگاه تسلیم داشته و باستناد آنکه زوجه او کافره غیرکتابیه است درخواست صدور حکم بر بطلان نکاح بنمایند دادرس میتواند باستناد مقررات فقه اسلامی بر بطلان نکاح رأی دهد .

دوم - اصولی که از طرف دادگاهها رعایت شده و مورد حکم واقع و ثابت گردیده است .

### چهار - تعارض عرف و قانون

اصل این است قانون مادام که صریحاً یا ضمناً نسخ نشده است معتبر و قابل اجرا میباشد و عدم اجرای قانون خواه علت آن مسامحه یا جهل بقانون باشد یا مصالح سیاسی یا هر مصلحت دیگر موجب لغو قانون نخواهد شد .

عده از دانشمندان حقوق که تأثیر عرف را در ایجاد قواعد حقوقی انکار میکنند میگویند قانون اساسی در هر کشوری اختیار قانونگزاری را به قوه مقننه داده است و تنها قوه مقننه میتواند قانون وضع نماید یا در آن جرح و تعدیل کند ولی اکثریت عقیده دارند عرف یکی از منابع حقوق است و اگر دارای شرایطی باشد که قبلاً ذکر شد میتواند قواعد حقوقی ایجاد کند و بین این قواعد و آنچه قوه مقننه تصویب میکنند فردی نیست و عرف نقض قانونگزاری را مرتفع میکنند .

وقتی این امر مسلم باشد آیا میتوان پارا فراتر گذاشته و این مسئله را طرح کرد که عرف قانون را لغو میکند یا نه :

## آثار عرف و عادت

در نظر اول چنین معلوم میگردد که این امر امکان پذیر است ولی چون جهات دیگری از قبیل مصالح عمومی انتضاء میکنند که احترام قانون محفوظ بماند اغلب دانشمندان حقوق معتقدند عرف قانون را لغو نمیکند.

آقای گانشف استاد حقوق عمومی دانشگاه بروکسل میگوید :

عرف یک منبع مشترك حقوق عمومی و حقوق خصوصی حتی حقوق بین الملل عمومی است تکرار اعمالیکه منشاء عرف است همیشه برای تکمیل قوانین و استثنائاً برای تغییر آن است ولی هیچوقت عرف نمیتواند قانونی را نسخ یا ملغی بکند نسخ و الغای قوانین منحصر از وظائف قوه مقننه است .

ولی ژوسران از دانشمندان حقوق مخالف این نظر است و میگوید « مشکل است که ما در نیمه راه متوقف باشیم از یکطرف بگوئیم عرف قواعد ایجاد میکند که نقض قانون را رفع میکند از طرفی دیگر قدرت عرف را بر الغاء قانون انکار کنیم .

در خطابه مقدماتی «Discours preliminaire» قانون مدنی فرانسه چنین ذکر شده : « آیا میتوان وجود این نیروی مخفی را که در سایه آن مردم بدون جنگ و ستیزی انتقام خود را از قوانین بد میگیرند و جامعه را در مقابل اشتباهات قانون گزار و قانون گزار را در برابر اشتباهات خود حمایت میکنند از نظر دور داشت . »

علی رغم این دلائل همانطوریکه گفتیم رأی اکثریت این است که عدم اجراء قانون را لغو نمیکند مخصوصاً اگر عدم اجراء قانون بعلت مسامحه قوه مجریه باشد زیرا در غیر اینصورت اختیار الغاء قانون را بقوه مجریه میدهیم که با قوانین اساسی مخالفت دارد . از طرفی تعیین مدتیکه برای عدم اجراء قانون لازم است کار مشکلی خواهد بود و بهتر این است که بگوئیم مادام که قانون صریحاً یا ضمناً از طرف قوه مقننه لغو نشده باشد لازم اجراء است .

## ماخذ فارسی

- |                  |                |
|------------------|----------------|
| آقای دکتر امامی  | ۱ - حقوق مدنی  |
| » » شایگان       | ۲ - حقوق مدنی  |
| مرحوم دکتر زنگنه | ۳ - حقوق تجارت |

## ماخذ غربی

- |                           |  |
|---------------------------|--|
| عبدالوهاب خلاف            | ۱ - مصادر التشريع الاسلامی فیما لانص فيه |
| فرید فتیان                | ۲ - مقدمة القانون المدني                 |
| شیخ محمد حسین کاشف الغطاء | ۳ - تحرير المجله                         |
| طبع مصر                   | ۴ - مجلة القانون والاقتصاد               |
| سلامه عبدالله             | ۵ - مقدمة القوانين                       |

## ماخذ فرانسه

- 1- Dalloz : Encyclopedie droit civil
- 2- M. Ganshef : Droit Publique.
- 3- René foignet. droit civil