

عرف عقلاء^۲

علیرضا فیض^۱

چکیده

این بخش دوم پژوهشی است درباره عرف که به مانند مآخذ فقه نقش تعیین کننده در استنباط احکام دارد. عرف عقلاء در واقع اجماع عملی است که اهمیت آن بر هیچ فقهی پوشیده نیست و در حجیت آن نباید کوچکترین تردیدی به خود راه داد. عرفهای زمان حضور معصوم (ع) و عرفهای زمان غیبت همگی معتبر هستند. بیش از همه فقهاء، امام خمینی و آیت الله شهید صدر و استاد شیخ محمد جواد مغنیه با ادله قوی حجیت عرف هر زمان را اثبات کرده اند. مبادی اعراف مطرح شده و انواع تغییر حکم در پرتو عرف، و نیز دگرگونی حکم با دگرگونی عرف منظور نظر قرار گرفته و سرانجام نظرات بعضی از فقهای بزرگ اهل سنت در تأیید عرف، زینت بخش مقاله است.

کلید واژه‌ها

عرف، بنای عقلا، حجیت، پویایی عرف و حکم، تکامل جامعه و عرف.

بخش نخست این گفتار در شماره پیشین این مجله منتشر شد که مشتمل بر عناوین زیر می باشد: مقدمه، تعریف عرف، اقسام عرف، آیا مرتکذات عقلی همان عرف است، سابقه

۱. استاد تمام وقت گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی واحد واحد علوم و تحقیقات دانشگاه آزاد اسلامی تهران

عرف عقلاء، جنگ با عرف صحیح، غلط است، ارتباط عرف و دین و جامعه، عرف و انواع احکام اسلام، نظر امام خمینی در ضمن بعضی از ادله حجیت عرف.

اینک در بخش دوم آن گفتار مباحث زیرین از نظر خواهند گذشت:

دنباله ادله حجیت عرف، نظر استاد مغنیه، مبادی کلی عرف نظر آیت الله شهید صدر، عقلاء، انواع تغییر حکم در پرتو عرف، تغییر حکم به دنبال تغییر عرف.

ادله حجیت عرف و نظر استاد مغنیه

استاد در این باره گوید (علم اصول الفقه فی ثوبه الجدید ۲۲): مراد از سیره عقلاء پیمان عرف عقلاء است. عرف عام از هر دین و مذهب، شارع مقدس پیشوای اهل عرف، و رئیس صاحبان عقل است. عقلاء و خردمندان در قانونگذاریهی احکام به عرف مألوف، توجه داشته و به آن اهمیت می‌داده‌اند. و در پرتو همین عرف با مردم سخن گفته‌اند.

استاد به سخنان خود چنین ادامه می‌دهد: بسیاری از قوانین شرعی برگرد محور عرف می‌گردند، و بسیاری از حقوق و واجبات در پرتو این گردش شکل می‌پذیرند. همچنین چرخ‌های خطابات شرعی، و محاورات مردمی همه برگرد همان محور می‌چرخند. اگر عرف در کار نبود هیچ یک از امور اجتماعی، نظم و ترتیب نمی‌یافت، و سروسامان نمی‌گرفت. این همه چه نیازی هست که بگوئیم: آیا شارع، عرف را تأیید کرده است؟ و اگر تأیید نکرده، آیا دست کم جلوی آن را نگرفته باشد؟ مادام که می‌دانیم در این زمان، جلوگیری شارع امکان ندارد و تأیید و امضای او، اگر در این زمان ممکن گردد، تحصیل حاصل است؟

مراد استاد مغنیه این است که شارع در زمان خود، عرف عقلاء را بطور کامل معتبر و حجت داشته و اگر بخواهد بار دیگر آن را تأیید و امضاء کند، تحصیل حاصل و محال است.

نظر آیت الله شهید صدر (بحوث فی علم الاصول، ۴/۲۴۷) :

شهید صدر فرماید: میان سیره متشرعه و عرف عقلاء تفاوت‌هایی است، از جمله این که در استدلال به سیره متشرعه باید دو چیز برای ما ثابت شوند؛ یکی اینکه مردم متشرع به کاری سرگرم هستند که سیره و عرف آنان شده است، دوم اینکه ثابت شود که آن سیره در میان فقهای معاصر ائمه معصوم علیهم السلام رائج بوده و بر طبق آن رفتار می‌کرده‌اند. ولی در مورد عرف عقلاء برای ما همین بس است که ثابت شود طبیعت عقلاء و سرشت و فطرت آنان مقتضی آن است که فلان شیوه رفتاری و عرف علانی را داشته باشند. در این صورت هرگاه شارع جلوی آنرا نگرفته باشد، وردع و منع نکرده باشد، آن عرف نشأت گرفته از طبیعت انسانی، برای ما حجت و معتبر خواهد بود. برای حجیت آن، لازم نیست که آن عرف به زمان یکی از معصومین متصل گردد، تا ثابت شود که عقلای زمان معصوم نیز همین عرف را داشته‌اند و بدین وسیله حجیت عرف، ثابت شود.

آیت الله صدر گوید: برای حجیت عرف به چیزی افزون بر آنچه گفتم نیاز نیست و ثبوت قضیه طبیعیه به خودی خود برای اعتبار بخشیدن به عرف کافی است، با این شرط که شارع جلوی این طبیعت را نگرفته باشد. لازم به ذکر است که مشهور اصولیین شیعه برای حجیت عرف عقلاء همچون حجیت سیره متشرعه آن دو چیز را لازم دانسته‌اند؛ یکی اینکه در زمان غیبت امام (ع) کاری و عملی در میان مردم شیوع پیدا کند بسر حد عرف و بنای عقلاء برسد، و دوم اینکه مثل و مانند این عرف، در زمان معصوم (ع) نیز شایع بوده باشد و برای ما ثابت گردد.

به هر حال از آنجا که آیت الله صدر عرف را تحت عنوان قضیه طبیعیه حجت می‌داند خوب است سری به منطق بزنیم و قضیه طبیعیه را مطالعه کنیم.

در منطق مظفر آمده (المنطق، ۱۵۶/۲): قضیه طبیعییه قضیه‌ای است که حکم در آن بر موضوع کلی بار می‌شود، و هیچ نظری به افراد آن کلی نیست، و فرض اینکه حکم به افراد برگردد غلط است. به عبارت دیگر در قضیه طبیعی، حکم بر طبیعت کلی حمل می‌شود از جهت کلی بودن آن و اگر به فردی از افراد آن کلی، حمل شود اشتباه و غلط است. در منطق گویند: انسان، نوع است، و حیوان جنس است، و ناطق فصل است، این‌ها قضایای طبیعی هستند، و حکم آنها بر افرادشان باو نمی‌شود، مثلاً اگر بگوئیم: زید، نوع است غلط است، چنانکه فردی از حیوان نیز جنس نیست و...

حالا بر پایه سخن آیت الله شهید هرگاه هر عرفی که در میان جامعه پدید می‌آید مربوط به طبیعت انسان باشد و براساس یک قضیه طبیعی حجت باشد باید به این نتیجه رسید که عرف به طور لی حجت است، و اگر آن را بر روی افراد عرف پیاده کنیم و بگوئیم فلان عرف، حجت است و فلان عرف، حجت نیست غلط می‌شود. پس عرف بماهو عرف حجت است و نمی‌توان آن را روی فرد چه به صورت مثبت یا منفی پیاده کرد.

پس اگر عرف معتبر را به عرف زمان پیغمبر، یا امام منحصر بگردانیم حکم را به فرد سرایت داده‌ایم و در قضیه طبیعی این کار درست نیست.

و در هر حال توجه به عرف هر زمان و توجه به دگرگونی حکم با دگرگون شدن عرف، برای مجهد آن و متخصصان فقه در استنباط احکام، امری لازم و غیرقابل انکار است، غفلت از این امر مهم، فقه را به بیراهه می‌کشاند و میان فقه و جامعه، فاصله و جدائی می‌اندازد و آن خطری است بزرگ و هولناک که جبران آن بسی مشکل و طاقت‌فرسا است.

در کتب فقه ملاحظه می‌فرمائید که معاملات در زمان‌های گذشته با نقدین که مراد دینار طلا و در هم نقره است، انجام می‌گرفت. از این‌رو بسیاری احکام از جمله احکام بیع صرف، و معاملات ریوی در این کتابها بر روی همان نقدین پیاده شده است. درحالی‌که چندین قرن است که ارزشهای دیگری جای نقدین را گرفته‌اند و دارای احکام متفاوتی

هستند. حال اگر به عرفهای زمان‌های بعد که نقدینی در کار نیست، مراجعه نکنید و به آنها توجه نداشته باشید، باید بگوئید بیع صرف و ربا با اسکناس‌های متداول، تحقق پیدا نخواهد کرد، چنان که فتوای شاذی چنین می‌گوید. همچنین مضاربه در عرف قدیم بر روی دراهم و دنانیر استقرار یافته بود، پس باید بگوئیم احکام مضاربه در حال حاضر شایستگی برای عرض وجود پیدا نخواهد کرد. احتکار در عرف قدیم که قوت غالب مردم گندم از نظر گروهی از فقهاء خرما و مویز و روغن بود حرام شده و چون قوت عموم مردم در عرف‌های متأخر چیزهای دیگری است پس باید آن را نیز نتوان در جامعه‌های فعلی پیاده کرد. مسابقه و شرط‌بندی نیز بر روی ابزارهای تسلیحاتی عرف قدیم که شمشیر و نیزه و غیره و مرکب‌هایی از قبیل اسب و الاغ و غیره بود. جایز شمرده شده و اگر آن را با عرف زمان خود انطباق ندهیم، پس قابل پیاده شدن در جوامع امروزی نخواهد بود. موسیقی و آواز در عرف بنی امیه و بنی عباس که ویژگیهای خاص خود را داشته حرام شده و اینک که آن عرف تغییر کرده، اگر باز بخواهیم به همان حکم حرمت فتوا دهیم جامعه را دچار سرگیجه و بهت‌زدگی خواهیم ساخت و از دین‌گریزان خواهیم کرد. هزاران از این نمونه‌ها که اگر به عرف، توجه نشود. میان دین و فقه و جامعه فاصله انداخته‌ایم و مردم را به دین بدبین ساخته‌ایم.

مبادی کلی عرف‌های عقلانی

اصول و مبادی کلی که زیربنای همه قوانین شرعی و وضعی و نیز زیربنای بیمه اعراف عقلانی شمرده می‌شوند، آن گونه که فقهاء و حقوقدانان بزرگ شیعه و اهل سنت در مواضع پراکنده‌ای از کتابهای خود متعرض آنها شده‌اند، بسیار هستند و مهم‌ترین آن مبادی عبارتند از:

مبدأ آزادی، حفظ نفوس مردم، حفظ نوامیس، حفظ اموال، احترام به عقائد، حفظ نظام کشور، وفای به عهد و قراردادها، نفی ضرر و حرج، تاوان دادن بر ضرر و خسارت، کیفر دادن جانی و مجرم، نفی خیانت و غش، اباحه چیزهای پاک، حرمت چیزهای پلید، مراعات عدل و عقل و مصلحت، دفع ظلم و مفسده، عدم تسلیم در برابر بیدادگری و تجاوز به حقوق، فیصله دادن به فحاصحات به وسیله سازش، و سرانجام به وسیله قدرت بر پایه عدل و حق، اخذ به عرف صحیح، و مبارزه با عرف فاسد، مساوات همه مردم در برابر قانون، و مبادی کلی دیگری از این دست، که همه ادیان و مذاهب و ملل و نحل آنها را می پذیرند و نیازهای ضروری انسان ها را به وسیله آنها برآورده می سازند، و برای حفظ و بقای جامعه ها و افراد مفید و مؤثر هستند و همه شرایع و قوانین وصفی عالم و هر عقل و منطق سلیم آنها را پذیرفته و باور دارند.

هر عرضی که از چهارچوب این مبادی کلی بیرون نرفته باشد، عرف عقلانی و صحیح است و از نظر شرع نیز قابل قبول می باشد. این اصول کلی به منزله پایه هائی استوار بقاء و ثبات و صحت عرف های عقلانی و قوانین مختلف را تضمین می کند و دور شدن از هریک عرف و قانون را دچار انزوا و شکست می گرداند.

شرع مقدس، و حقوقدانان و قانونگذاران وضعی، همه این مبادی کلی را پذیرفته اند. این مبادی و اصول کلی تغییرپذیر نیستند، اما نموده ها و مظاهر و مصادیق آنها در جوامع گوناگون و اعصار مختلف ممکن است دستخوش دگرگونی شوند. مثلاً پیش از عصر ماشین و تکنولوژی عرف مردم در خرید و فروش و بازرگانی قیود و شروطی را لازم می شمرد، و معاملات و مبادلات بدون آن شرایط از صحت و کمال بی بهره بود، که برای همه قابل قبول بود.

اما پس از تکامل جامعه و افزایش تولید و تحول و تکامل وسائل و وسائط نقلیه و غیره، و گسترش مرزهای بازرگانی در خشکی، دریا و هوا و در پهنای گسترده شرق و غرب جهان،

دیگر بسیاری از آن قیود و شرایط در نزد عرف عقلاء به چیزی گرفته نمی‌شود، بازرگان این سوی جهان، با بازرگان آن سو به وسیله تلفن، تلگراف، فاکس و برخی دیگر از وسائل ارتباط جمعی پیشرفته دیگر، معاملات کلان منعقد می‌سازد و اغلب پیش از قبض و اقباض و تحویل دادن کالا، و دریافت بهای آن، معامله انجام می‌گیرد و قراردادها بسته می‌شوند، و امور حقوقی با سادگی و سرعت و صحت، جریان عادی خود را طی می‌کنند و از این بابت هیچ ضرر و عزر و غبن و کلاهبرداری متوجه هیچ‌یک از طرفین معامله نمی‌شود.

فقه و حقوق اسلام در هر مذهب و مسلکی جلوه کند، اگر بخواهد همچنان ماندگار باشد، و اگر بخواهد جوابگوی همه مسائل پدید آمده و پدید آینده در همه جوامع بشری باشد، باید پا به پای پیشرفت جامعه به پیش بتازد، و از نظر دلیلهای خود از کتاب و سنت گرفته تا عقل و مصلحت و عرف عقلاء و هم‌آهنگی با جامعه بر این عرفهای حاکم بر معاملات و همه انواع بازرگانی که در جهان کنونی رواج دارند و عرف همه شده‌اند مهر صحت بزنند و همه را به خوبی بپذیرد.

فقه و حقوق این دوره اگر بخواهد فتوایش را بخواهند، و بخوانند، و به کار بندند، و آن را منشأ و مبنای یک قانون مصوب بدانند باید خود را با عرف عقلاء هم سو و همراه گرداند و با جامعه پویا به پیش برود، و همه را به عرفی بخواند که با دگرشدن جامعه دگرگون می‌شود، و باید به مردم این واقعیت را بفهماند که این دگرگونی‌ها و تبدیل و تغییرها در شکل و قالب است، نه در ماهیت و محتوا، و به پابرجایی و ثبات و اصالت قوانین و مبادی لطمه و آسیبی وارد نمی‌سازد، مادام که در این دگرگونی‌ها هیچ حرامی حلال نشده و هیچ حلالی حرام نگشته است.

انواع تغییر حکم در پرتو عرف

در یک پی‌جویی ناقص به نظر می‌رسد که تبدیل موضوع یا متعلق حکم موجب تبدیل حکم می‌شود و به یکی از صورتهای ذیل تحقق پیدا می‌کند.

صورت اول آن است که مکلف خود موضوع حکم را تغییر می‌دهد و حکم دگرگون می‌شود. صورت دوم آن است که متعلق حکم با گذشت زمان عرف دیگری پیدا کرده، چهره دیگری به خود گرفته است که حکم تغییر می‌کند. صورت سوم این است که عرف زمان گذشته، متعلق حکم را به خوبی نشناخته بوده و از این‌رو حکمی برای آن داشت، ولی با پی‌جویی و تحقیق بیشتر متعلق واقعی را به دست آورد که این نیز موجب دگرگونی حکم شده است.

در مورد صورت نخست گوئیم: هرگاه مکلف در آستانه استطاعت برای انجام‌دادن مناسک حج قرار گرفت، اما به دست خود و با اختیار خود کاری کرد که دارائی او به حد استطاعت نرسد، بر این مکلف حج واجب نیست و هیچ گناهی نیز مرتکب نشده است. همچنین کسی که در مورد زکات غلات و انعام او نزدی به حد نصاب رسیده‌اند و کاری کند که با گذشت سال، مال او به حد نصاب نرسد، زکات بر او واجب نخواهد گردید. در مورد صورت دوم گوئیم که اگر متعلق حکم با گذشت زمان عرف و چهره دیگری پیدا کرده باشد حکم آن دگرگون خواهد گشت. چنان که روزگاری دراز ابزار شطرنج وسیله‌ای بود برای قماربازی و برد و باخت، و سود حلال دیگری بر آن مترتب نبود، از این‌رو خرید و فروش و نگاهداری آن حرام بود ولی اینک شطرنج در عرف ما تغییر ماهیت داده و بازی با آن موجب پرورش ذهن شده و به علم ریاضی شباهت پیدا کرده و اغراض عقلانی چندی بر آن شده است. پس اگر در این شرایط حکم جواز و حلیت را بر آن بار کنند، نباید موجب شگفتی شود. صورت سوم این است که عرف زمان گذشته، متعلق حکم را به خوبی نشناخته بود و به درستی آن را تنقیح مناط نکرده بود. از این‌رو مجتهد درباره آن فتوائی

داشت، اما با پیشرفت علم و تجربه و پی‌جویی و استنباط دقیق مجتهد ماهیت واقعی آن متعلق حکم کشف شد، بدون شک حکم آن و فتوای مجتهد، تغییر خواهد کرد. مثلاً ماهی قزل‌آلا که مجتهدان گذشته آنرا به دون فلس می‌شناختند و حکم حرمت را به آن می‌دادند، تجربه و علم امروز و بررسی‌های دقیق دانشمندان ثابت کرده که ماهی مزبور و برخی ماهیان مشابه در آغاز پولک داشته‌اند و در اثر مالیدن بدن خود به ریگ‌ها و ماسه‌های دریا فلس آنها ریخته است. در این جا نیز حکم حرمت به جواز و حلیت تبدیل پیدا می‌کند.

اینک که درباره ماهیان و بعضی انواع آن، منحنی پیش‌آمد مناسب اقتضاء می‌کند که پرستی را در این زمینه از فضلاء و پژوهشگران حوزه و دانشگاه داشته باشیم، و آن اینکه خوردن بعضی انواع ماهیان چرا جایز نباشد در حالی که عرف عقلایی عالم همواره همه انواع آن آب زیان را مورد بهره‌برداری قرار می‌داده‌اند. در این زمان که جمعیت عالم روبه فزونی سرسام‌آور گذاشته و موادغذائی برای سیر کردن همه آنها وجود ندارد، و جایی برای حرمت اکثر آب زیان وجود ندارد، و باید هرچه زودتر درباره این حرمت‌ها با توجه به مسأله زمان و مکان تجدیدنظر شود.

ناگفته نماند که حکم حرمت اکل ماهیان بی‌فلس در میان فقهای شیعه و اهل سنت از یک سو و فقهای شیعه از سوی دیگر مورد اختلاف است. فقهای اهل سنت، همه ماهیان را چه فلس داشته باشند و چه نداشته باشند خوردن همه آنها را جایز و روا می‌دانند. این مسأله در میان فقهای شیعه امامیه بحث برانگیز شده و در این زمینه آنچه را که در کتاب و پژوهش‌های فقه و اجتهاد اینجانب حد ۵۰۰ به بعد آمده است به اطلاع خوانندگان فاضل و پژوهشگر می‌رساند:

از ماهیان آنچه بدون اختلاف در میان همه مسلمین، خوردن آن جایز است ماهی پولک‌دار است، چه پولک بر بدن آن ماهی مانده باشد، یا ریخته باشد مانند ماهی کَنْعَت، اما آن ماهیان که اصلاً پولک ندارند، آیا خوردن آنها جایز است؟ فقهاء اختلاف کرده‌اند و روایات

معتبر نیز در این زمینه باهم اختلاف دارند، و تعداد کمی از آنها بر جواز اکل دلالت دارند که قائلین به حرمت، آنها را بر تقيّه حمل کرده‌اند. در مقابل، قائلین به حلیت، روایاتی را که در آنها نهی از اکل آن ماهیان حمل نموده‌اند. و این بر پایه جمع میان روایات متعارض انجام پذیرفته است.

ملاحسن فیض گوید (مفاتیح الشرایع ۲/ ۱۸۴، ۱۸۵) :

فتوای به حرمت مشهورتر است، ولی فتوای دوم یعنی (حلیت با کراهت) ظاهرتر است، به خاطر روایات صحیحی که دلالت بر حلیت دارند، از جمله آنها این روایت: راوی گوید: از امام علیه‌السلام پرسیدم (درباره ماهیانی که پولک ندارند و مشهور می‌گویند حرام است) درباره ماهی جرمی، و مارماهی و زمیر و انواع دیگری که پولک بر تن ندارند که آیا خوردن آنها حرام است؟ امام (ع) فرمود: ای محمد! (نام راوی است) در این ایه که در سوره انعام است (ایه ۱۴۷) دقت کن:

قُلْ لَا آجِدُ فِي مَا أُوْحِيَ إِلَيَّ مُحْرَمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً، أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا، وَأَلْحَمَ خَذِيرٍ، فَانَّهُ رَجَسٌ الْخِطَابُ بِهِ يَغْمِرُ أَكْرَمَ (ص) است که حیوانات حلال گوشت و حرام گوشت را نام ببرد. در آیه شریفه مزبور آمده که ای پیغمبر! بگو من نمی‌یابم در آنچه به من وحی شده است حرامی را برخوردارند ای که می‌خورد آن را مگر که مرداد باشد، یا خون ریخته شده، یا گوشت خوک باشد که پلید است، یا فسقی باشد که بر آن نام غیر خدا برده شده است... راوی گفت من و تا آخر آیه شریفه را تلاوت کردم تا از آن فارغ شدم، پس امام (ع) فرمود: حرام فقط همان است که خدا و رسول خدا (ص) در کتاب خدا حرام کرده‌اند، ولی آنان گاه چیزهایی را نمی‌پسندند و از آنها (خوردن آنها) کراهت دارند و ما هم از آنها کراهت داریم. (وسائل ۱۶/ ۳۳۵). در روایت صحیح آمده است که هیچ از ماهی (چه پولک‌دار و چه بی‌پولک) مکروه نیست مگر ماهی جری (جریث) (همان مأخذ). در

اواخر این بحث در مفاتیح الشرائع فیض (۱۸۵/۲) آمده که شیخ طوسی رضوان الله علیه گوید: آنچه موجه است این است که نهی از خوردن ماهیان بی فلس، نهی تنزیهی است (نه تحریمی) که بر کراهت، دلالت دارد.

بر فقیهان و حقوقدانان بزرگ اسلامی لازم است که بار دیگر در آیه شریفه قل لأجد و روایات باب تجدیدنظر کنند و با توجه به مسأله زمان و مکان، و عرف عقلای همه جهان، استنباط جدید خود را به جهانیان اظهار بدارند.

تغییر حکم در پرتو تغییر عرف

احکام غیر عبادی و تشریعیات اسلامی، اغلب بر پایه عرف زمان حضور پیغمبر اکرم (ص) و نزول وحی، و بر طبق سیره عقلانی آن دوران و وضع اجتماعی مردم آن سامان قانونگذاری یا امضاء شده است، و اگر بخواهیم در این زمانهای متأخر که عرفها متحول شده‌اند، احکام شرعی را بدون توجه به عرف جدید به اجراء در آوریم، با پیشرفت‌ها و دگرگونی‌های جامعه هم‌آهنگی پیدا نخواهند کرد و گمان نمی‌کنم کسی در آن به عنوان یک قضیه موجهه جزئیة شک و تردیدی داشته باشد. این نکته دقیقی است که باید همواره مورد توجه حقوقدانان قرار گیرد.

شهید اول رضوان الله تعالی علیه در کتاب القواعد و الفوائد (چاپ قدیم/۶۶) گوید: یجوز تغییر الاحکام بتغییر العادات و الاعراف كما فی النقود المتعاروه. شهید در این قاعده معتقد است که با دگرگون شدن عرفها در جوامع بشری، احکام شرعی نیز دگرگون می‌شوند. سپس در پایان آن قاعده گوید: در زمانهای گذشته و عصر معصومین (ع) در مورد مهریه عرف عقلاء چنان بود که آن را در آغاز ازدواج می‌پرداختند، ولی در این دوره‌ها عرف دیگری در آن زمینه به وجود آمده که مهریه در آغاز ازدواج داده نمی‌شود. از این رو هرگاه زن و شوهری درباره پرداخت مهریه باهم اختلاف داشته باشند، در روایت صادر از معصوم

علیه السلام آمده که قول شوهر را باید مقدم داشت که می گوید مهریه را پرداخته‌ام، ولی در این روزگار که در آن زمینه عرف دیگری حاکم شده و مهریه در آغاز نکاح به زن پرداخته نمی‌شود آقای شهید می‌فرماید: دیگر به آن روایت ولو از معصوم صادر شده عمل نمی‌کنیم و عرف فعلی مقدم است و قول زن پذیرفته می‌شود.

اهل سنت به ویژه حنفی‌ها بر همین قول هستند. قاضی ابویوسف (الموافقات ۲/۲۸۳) گوید: هرگاه نصّ شرعی بر مبنای عرف و عادت مقرر شده باشد، با دگرگون شدن آن عرف، آن نصّ و حکم نیز دگرگون خواهد شد. ابویوسف و پیروان او شاید بیش از سایر علمای مذاهب اهل سنت به دگرگون شدن حکم با دگرگونی عرف اعتماد داشتند، و عرف عقلاء را حجتی قوی، و دلیلی محکم می‌دانست. و می‌گفتند: بخشی از نصوص شارع که تعداد آنها نسبتاً زیاد است به عرف زمان نظر دارد، و با دگرگونی عرف، حکم مبتنی بر آن نیز دگر می‌شود.

امام قرافی متوفی ۶۸۴ ق که از فقهای بزرگ مذهب مالکی، و رئیس مالکیه مصر بود (فلسفه التشریح فی السلام محمصانی/۲۳۶)، گفته است: هر حکمی در شریعت که تابع عرف زمان باشد به هنگام تغییر عرف، متغیر می‌گردد و باید به اقتضای عرف جدید مورد عمل قرار گیرد. وی در کتاب الاحکام گوید (فلسفه التشریح/۲۳۷): «جميع ابواب الفقه المحمولة علی الحوائد و الاعراف، اذا تغیرت العاده، تغیرت الاحکام فی ملک الابواب.»

ابواسحاق شاطبی در الموافقات (۲/۲۸۳) همین نظر را تأیید می‌کند. دبه، عبدالکریم زیدان نقل از امام قرافی در کتاب الزوق (ج ۱، ص ۱۷۶) گوید: احکام مترتب بر عرف‌ها بر محور عرف‌ها می‌گردند و با دگرگونی آنها دگرگون می‌شوند. و اگر حرفی از میان برود و باطل گردد احکام مبتنی بر آن نیز باطل می‌شوند و این تحقیقی است که فقهاء بر آن اجماع دارند.

بر پایه این نظریه باید بگوئیم: چون عرف‌ها که زائیده جامعه هستند با جامعه نسبت مستقیم دارند، و حرکت و پویائی نیز از ویژگی‌های جامعه است، بنابراین تمام احکام مبتنی بر عرف همواره در حال پویائی هستند و این از مزایای عرف عقلاء است که از پیشرفت جامعه عقب نمی‌ماند. نمونه‌های بسیاری از این دست در کتب فقهی و حقوقی وجود دارند. مثلاً در قتل خطا که بر طبق عرف آن زمان عاقله قاتل باید دیه و خونبهای آنرا بپردازد، دیه قتل خطا بر عرفی مقرر گردیده که زندگی قبیله‌ای داشته‌اند و بزرگان قبیله همه کارها را انجام می‌داده‌اند، رفته‌رفته در اسلام، قبیله‌ها قدرت و اهمیت خود را از دست دادند و در ملت بزرگ اسلام قرار گرفتند. از این‌رو در زمان خلیفه دوم که برای اعضای کشوری و لشکری دیوان‌ها را به وجود آورده بود مقرر گردید که دیوان‌ها مسئولیت پرداخت دیه قتل خطا را برعهده گیرند. امروزه بعضی از فقهای اهل سنت می‌گویند که مسئولیت عاقله در پرداخت دیه قتل خطا مربوط به زمان رسول اکرم بوده است و در زمان حاضر باید سندیکاها و تعاونی‌ها و مؤسساتی از این قبیل پرداخت آن را عهده‌دار شوند (نقل از دیه ترجمه نویسنده) در فقه اسلام نمونه‌های بسیاری برای تبعیت حکم از عرف دگرگون شده وجود دارد، مثلاً در صدر اسلام عرف حاکم بر جوامع اسلامی چنان بود که برای معلمان قرآن و معارف اسلامی، عطایا و بخشش‌ها و کمک‌های مالی فراوانی اختصاص یافته بود که آنان نیازمند دیگران نباشند، چون چنین عرفی وجود داشت، بسیاری از فقهای قدیم اخذ اجرت بر تعلیم واجبات را حرام می‌دانستند. ولی در این زمان‌ها که از آن بخشش‌ها خبری نیست، فقهاء اخذ اجرت بر آنها را جایز می‌دانند.

مثالی دیگر زکات است که در آن نه چیز یعنی نقدین، انعال ثلاثه و غیره واجب شده است. در زمان وحی در حجاز و حوالی آنجا سرمایه‌های مردم در آن نه‌چیز خلاصه می‌شد اما، امروز همه آنها تغییر کرده و دیگر جایی برای آنها وجود ندارد. چرا برنج که قوت عمومی

مردم است، زکات نداشته باشد چرا این همه صنایع که سرمایه‌های بزرگ مردم است و چیزهای دیگری که جای عرف آن زمان را گرفته است زکات نداشته باشند.

در مورد زکات فطره آمده است که هر کس یک صاع، در حدود سه کیلو، خرما یا کشمش (مویز) یا کشک به مستحق بدهد، که به عرف آن زمان نظر دارد قوت غالب مردم بوده است. اما امروز که خوراک عمومی مردم چیزهای دیگری از قبیل برنج، گوشت و روغن و گندم است. دلیلی ندارد که مقید به نصّ مربوط به عرف آن زمان باشیم.

مثالی دیگر ابزار جنگی است که در آن عصر شمشیر، نیزه و تیر، کمان و منجنیق، اما بود. ولی حالا همه می‌دانیم که کشورهای مختلف چه سلاح‌هایی برای محو مسلمین فراهم آورده‌اند و باید کوتاه نیائیم و به مانند آنان همه گونه ابزار جنگی را فراهم کنیم و اعداؤا لهم ما استطعتم من قوّه الخ.

مثالی دیگر، احکام عبید و اماء مربوط به عرف آن زمانها است. روح مسلمین همواره از استعباد و استرقاق گریزان بود، از این رو نام این مبحث فقهی را کتاب آزادی بردگان نامیده‌اند. بنابراین به قول استاد مغنیه فقهاء باید مسائل مربوط به بردگی را از کتب فقهی و روایی خود پاک کنند، و آنها را به بایگانی بسپارند که محفوظ بماند و بهانه به دست دشمنان ندهند. در عرف عقلای آن زمان برده داری و خرید و فروش آنها بوده و اینک عرف دیگری جای آن گرفته است. نیمی از مسائل کتابهای فقهی ما حول وحوش مسائل بردگی است. به هر حال اسلام برای احترامی که به عرف عقلاء داشته، برده داری را طبق شرایطی که منجر به آزادی آنان می‌شد در یک محدود زمانی قبول کرده و اینک جائی برای آن نیست.

مثالی دیگر، در زمانهای سابق تروریسم اقتصادی وجود نداشت که نبض بازارها را در دست داشته باشد و نرخ کالاها را به میل خود بالا و پائین ببرد، و از این راه به سرمایه‌های کلان دست یابد. ولی امروز در همه دنیا این تروریست‌های اقتصادی غوغا می‌کنند،

بنابراین بدون شک تسعیر یعنی نرخ گذاری لازم و ضروری است. و متخلف باید کیفری متناسب داشته باشد. تا دیگر در اسلام، بازار سیاه نداشته باشیم.

شارع مقدس به خاطر تأیید عرف عقلاء، نکاح همه اقوام و مذاهب و قبایل و ادیان را امضاء و تأیید فرموده و گفته است لیکل قوم ناح و همه ازدواج‌ها حتی ازدواج‌های ادیان منسوخ را که روزی دائر و رائج بوده پذیرفته و قانونی کرده است و این به جهت اهمیت شایانی است که اسلام برای عرف عقلاء و قائل است.

ولی وقتی ملاحظه کرد که مردم جاهلیت راه افراط پیش گرفته و در مورد ازدواج زیاده خواهی‌هایی دارند. ازدواج بیش از چهار زن را جلوگیری کرد. نوشته‌اند که کسی از مردم جاهلیت به حضوری پیغمبر(ص) شرفیاب شد و گفت من فقط هشت زن دائم دارم، تکلیف من چیست؟ فرمود: اَمْسِكْ اَرْبَعَهی و دَع سائِرهن.

در کیفرهای تعزیری مسأله تبعیت از عرف عقلاء کاملاً روشن است، و قاضی فقیه، آزادی کامل و در شرایط خاص زمان و مکان برای هر جرم که حد آن معین نشده تعزیری و کیفری متناسب معین می‌کند.

کیفرهای حدود محدود و کم‌اند ولی کیفرهای تعزیری بی‌شمار هستند و تعداد محدودی ندارند.