



## اعتبار العرف المخالفة للنص الشرعي في بناء الحكم وأثرها في فتوى الهيئة الشرعية الوطنية لمجلس العلماء الإندونيسي في إباحة بيع الذهب ديناً

*Bukhori Muslim*

**Abstrak:** Penelitian ini menjelaskan pentingnya menjaga ‘Urf dalam fatwa perspektif para Ushuli, terkait ‘urf yang berseberangan dengan nash syari’i serta untuk menguraikan bagaimana konsep mempertimbangkan ‘urf tersebut mempengaruhi fatwa DSN MUI dalam menerbitkan fatwa tentang jual beli emas secara tidak tunai. Penelitian ini menunjukkan bahwa ‘urf memiliki ranah yang luas dalam fatwa dan sangat penting untuk diperhatikan dalam istinbath hukum. Bahkan sekalipun ‘urf tersebut bertentangan dengan nash, yaitu ketika nash tersebut memiliki ‘illat hukum berupa ‘urf, atau karena ‘urf yang sedang berlaku menghilangkan ‘illat hukum dari nash, atau ketika suatu ‘urf terbentuk lantaran suatu keadaan mendesak (dharuri). Fatwa DSN MUI terkait kebolehan jual beli emas secara tidak tunai dipengaruhi oleh konsep ‘urf tersebut, dimana DS MUI memperhatikan dua bentuk ‘urf: pertama: kebiasaan masyarakat dalam membeli emas dilakukan secara tidak tunai. Kedua: kebiasaan masyarakat yang tidak lagi menganggap emas sebagai alat tukar (uang), akan tetapi sebagai komoditas. Kebiasaan ini menurut DSN MUI menghilangkan illat hukum dari nash yang melarang jual beli emas secara tidak tunai, lantaran emas adalah thaman (uang), sehingga tidak ada masalah dengan ‘urf yang pertama. Metode penelitian ini adalah menggunakan metode deskriptif analisis perbandingan. Sumber primernya adalah fatwa DSN MUI nomor 77/DSN-MUI/2010.

**Kata kunci:** urf, jual beli emas, fatwa

**ملخص:** هذا البحث يحاول لتوصيف آراء الأصوليين عن نطاق اعتبار العرف المخالف للنص الشرعي في بناء الحكم الفقهي، ولكشف أثر تلك الآراء في فتوى الهيئة الشرعية الوطنية للعلماء الإندونيسي في إباحة بيع الذهب ديناً، حيث أن النص الشرعي يمنع ذلك البيع. وأما منهج البحث وهو المنهج الوصفي التحليلي المقار، وذلك من خلال القيام بدراسة المنهج الأصولي في الموضوع وتحليله. ويعالج البحث من خلال المدخل النوعي. ويكون البحث بحثاً مكتيباً. ويجعل الباحث الكتب الأصولية في باب العرف لابن عابدين الحنفي وعبد الوهاب خلاف و أبي سنة ومصطفى الزرقا وكذلك نسخ وثيقة الهيئة الشرعية الوطنية لمجلس العلماء الإندونيسي رقم ٧٧ سنة ٠١٠٢ كمصدر أساسي للبحث، وغيرها كمصدر ثنائي. فيبدو في هذا أن الأصوليين ليسوا على صوت واحد في رد ذلك العرف في بعض الحالات حتى يحكم بعضهم مسألة على العرف مع مخالفته للنص، وهي في حالتين: الأولى، أن يكون النص معللاً بعرف من الأعراف ثم زال ذلك العرف، أو كان العرف الحادث مزيلاً لعلّة النص، والثاني: أن يكون العرف ناشئاً من ضرورة. وتأثرت الهيئة الشرعية الوطنية في فتواها في إباحة بيع الذهب ديناً مع أن النص الصريح يمنعه، و تلتفت الهيئة لذلك الفتوى إلى العرفين: أولاً، إلى تعارف الناس في بيع الذهب ببيعه. ديناً، ويدعي هذا العرف لدى الهيئة إلى أهمية إصدار الفتوى، ولا يؤثر في الحكم؛ وثانياً، إلى تعارفهم في الحاضر باعتبار الذهب غير ثمنية بل كسلعة، فيزيل هذا العرف علة النص الذي يمنع ذلك البيع، وهي الثمنية، فيزول المنع بزواله، وبالتالي فلا إشكال في العرف الأول.

**الكلمات المفتاحية:** المظاهرات، الرقابة الشعبية، الفقه الإسلامي، القانون الوضعي

## المقدمة

يكون حكم من الأحكام الفقهية مبنيًا على دليل من أدلة الأحكام<sup>١</sup>، وتلك الأدلة منها ما يتفق العلماء على حجبتها؛ لوجود الدليل القطعي الذي يدل على وجوب العمل بها، وهي: القرآن والسنة والإجماع والقياس؛ ومنها ما يختلفون في حجبتها، وهي: الاستصحاب والاستصلاح والاستحسان وسد الذرائع والعرف والاستقراء وعمل أهل المدينة شرع من قبلنا وقول الصحابي<sup>٢</sup>.

والعرف أو العادة، لكونه من جملة الأدلة المختلف فيها، فمن الضروري أن يختلف العلماء في العمل به كحجة لبناء الحكم الفقهي. وكان فقهاء المذاهب الأربعة يسندون بعض نتائج أحكامهم الفقهية على العرف، وذلك يدل على أنهم اتفقوا على أن العرف أو العادة يكون من الحججة، وإنما اختلفوا في نطاق هذه الحججة<sup>٣</sup>. وقد ضبط الأصوليون عدة الشروط التي لا بد من توفرها ليكون العرف حجة في بناء الحكم واتفقوا عليها. فمن جملة تلك الشروط هي: أن لا يكون العرف مخالفًا أو معارضًا أو مصادمًا للنص الشرعي، ولكنهم يختلفون في تحديد العرف حتى يعتبر مخالفًا للنص الشرعي<sup>٤</sup>.

وكانت الهيئة الشرعية الوطنية العلماء الإندونيسي في فتاها رقم ٧٧ سنة ١٠٢٠١ عن بيع الذهب دينًا، تهتم لإصدار هذا الفتوى بتعارف الناس في المجتمع على بيع الذهب دينًا، كما في عوامل توازنها الهيئة لإصدار هذا الفتوى، وكذلك مما تأتي بها الهيئة كحجة للفتوى هي قاعدة العرف والعادة، وحاصله أت تحكم الهيئة بإباحة ذلك البيع، مع أن النص الشرعي من السنة تنهي بيع الذهب

<sup>١</sup> ويسمى الأصوليون أدلة الأحكام أيضًا بـ مصادر الأحكام، انظر: عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه (الكويت: دار القلم، ٢٧٩١ م)، ص ٨-٩.

<sup>٢</sup> مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي (دمشق: دار الإمام البخاري، د ت)، ص ٨١؛ ومحمد حسن هيتو، الوجيز في أصول التشريع الإسلامي (بيروت: مؤسسة الرسالة، ٤١٠٢ م)، ص ٧٣٤.

<sup>٣</sup> يعقوب بن عبد الوهاب الباحثين، قاعدة العادة محكمة دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية (رياض: مكتبة الرشد، ط ثانية، ٢١٠٢ م)، ص ٩١١-٩٢١.

<sup>٤</sup> مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، (دمشق: دار القلم، سنة ٤٠٠٢ م)، ج ٢، ص ٢٠٩.

بالذهب ديناً، وهذا النص قد أوردته الهيئة أيضاً في مستند الفتوى كدليل يتعلق بموضوع الفتوى<sup>٥</sup>. فبذلك يكون العرف كحجة الفتوى معارضا للنص الشرعي. إذن يُعرف مدى صحة هذا الفتوى فلا بد أن يعرف كيف نطاق معارضة العرف للنص الشرعي عند الأصوليين حتى يكون له دور في بناء الحكم؟ وكيف تستخدم الهيئة قاعدة العرف في ذلك الفتوى؟

فهذا البحث يحاول لإجابة هذين السؤالين بمدخل البحث النوعي. ويجمع الباحث البيانات من خلال القراءة في مجموعة الكتب الأصولية في باب العرف ومستند قرار فتوى الهيئة الشرعية الوطنية العلماء الإندونيسي رقم ٧٧/DSN-MUI/V/٢٠١٠ كمصادر أصلية، وكذلك ما يساعد هذا البحث من المجالات والبحوث العلمية كمصادر ثنائية.

ويكون المنهج الذي يتبعه الباحث في معالجة الموضوع وتحليل البيانات هو المنهج الوصفي التحليلي بحيث يقوم الباحث بتوصيف ومقارنة نظرية العلماء في دور بناء الحكم على العرف المخالف للنص، وتحليل دورها في فتوى الهيئة الشرعية الوطنية لمجلس العلماء الإندونيسي في إباحة بيع الذهب ديناً.

## نظرية العرف

كلمة العرف لها عدة معانٍ في أصل اللغة العربية، منها ما قال ابن منظور: «العرف والعارفة والمعروف ضد المنكر وهو: كل ما تعرفه النفس من الخير<sup>٦</sup> وتبسأ به—أي تسر—وتطمئن إليه، وفي قوله تعالى: «وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا»، أي: مصاحباً معروفاً، وقال الزجاج: المعروف هنا ما يستحسن من الأفعال»<sup>٦</sup>.

وللعرف تعاريف مختلفة في اصطلاح الأصوليين مع متقاربتها في المعنى، منها ما عرّفه النسفي (ت ١٠٧ هـ) في كتابه المستصفي هو: «ما استقر في النفوس

<sup>٥</sup> الهيئة الشرعية الوطنية - مجلس العلماء الإندونيسي، فتوى رقم ٧٧/DSN-MUI/V/٢٠١٠، عن بيع الذهب ديناً.

<sup>٦</sup> ابن منظور، لسان العرب، (القاهرة: دار المعارف، د ت)، المجلد الرابع، ج ٢٣ ص ٩٩٨٢.

من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول<sup>٧</sup>. أي أن العرف هو شيء من قول أو فعل استقر في نفوس الناس مما تعاودوا عليه، فتألفوه واطمأنوا إليه، واستقراره كذلك في النفوس من جهة العقول لا من جهة الأهواء والشهوات، ولم تنكره الطبيعة السليمة أي لا تستغرب به صاحب الذوق السليم<sup>٨</sup>. وعرفه وهبة الزحيلي: «العرف هو ما اعتاده الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة ولا يتبادر غيره عند سماعه»<sup>٩</sup>.

من خلال هذا التعريف وبيانه تبين بأن العرف إما فعليا وإما قوليا. والعرف الفعلي كتعارف الناس على البيع بمجرد التعاطي من دون صيغة الإيجاب والقبول. والعرف القولي كتعارف العرب بإطلاق لفظ «اللحم» على غير لحم السمك مع أن في القرآن سمي الله لحم السمك لحما، وتعارفهم في إطلاق لفظ «الولد» على الذكر دون الأنثى مع أن المفروض حسب اللغة يشتمل على الأنثى أيضا. ومن هذا التعريف يفهم أيضا أن العرف إما عام يتعارف به عامة الناس، وإما خاص اعتاد عليه أهل بلد من البلاد، أو أهل فن من فنون العلم، أو حرفة من الحرف، وما إلى ذلك، كتعاود التجار على إثبات الديون بينهم في دفاتر خاصة<sup>١٠</sup>.

وكثير من العلماء استعملوا كلمة العرف والعادة على أنهما لفظان مترادفان، حيث استعملوهما في قضية واحدة معا<sup>١١</sup>. وبعض العلماء مثل ابن أمير حاج

<sup>٧</sup> عبد الله بن أحمد النسفي (ت ١٠٧ هـ)، «المستصفى»، في وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج ٢، ص ٨٢٨.

<sup>٨</sup> أحمد فهبى أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، (القاهرة: مطبعة الأزهر، ٧٤٩١ هـ)، ص ٨.

<sup>٩</sup> وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي (دمشق: دار الفكر، ٦٨٩١ م)، ج ٢ ص ٨٢٨.

<sup>١٠</sup> يوسف القرضاوي، عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية (الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، ٢٠٠٢ م)، ص ٥٣؛ و عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي، ص ٥٤١.

<sup>١١</sup> حسنين محمود حسنين، «مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية»، ص ٢٢١-٣٢١.

<sup>١٢</sup> عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي، ص ٥٤١.

الحنفي<sup>١٣</sup> يفرق بينهما حيث قال إن العادة يستعمل على ما صدر من الفرد أو الجماعة، بينما العرف لايشتمل على ما صدر من الفرد، مثل عادة المرأة في حيضها فيقال لها عادة لا عرف.<sup>١٤</sup> وذهب بعضهم إلى التفريق بين العرف العملي والقولي، فالعرف العملي يقال له عادة أيضا، والعرف القولي لا يقال له عادة<sup>١٥</sup>.

## حجية العرف

من كلام الأصوليين يبدو أن العرف لا يكون دليلا مستقلا الذي يشرع الحكم في قضية بناءً عليه مجردا عن غيره، فعند القرضاوي إن رعاية العرف في بناء الحكم من تقنين أو قضاء أو فتوى نوع من رعاية مصالح الناس لأن من مصالحهم أن يقرروا على ما ألفوه وتعارفوا عليه، وأصبح الفهم واستقرارهم على عاداتهم من حوائجهم.<sup>١٦</sup>

والعرف مما يتوصل به إلى فهم المراد من عبارات النصوص، ومن ألفاظ المتعاملين، ويتوصل به إلى تخصيص العام من الألفاظ وإلى تقييد المطلق منها. وكذلك يستند إلى العرف في تصديق قول أحد المتخاصمين إن لم توجد لأحدهما بينة، ويستند إليه أيضا في عدم اعتبار الدعاوى التي يكذبها العرف، وفي اعتبار الشرط لشيء فيما جرى به العرف<sup>١٧</sup>.

وعند الأحناف والمالكية أن من أنواع الاستحسان الاستحسان المستند إلى

<sup>١٣</sup> أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص ١١-١٠.

<sup>١٤</sup> محمد أبو زهرة، مالك حياته وعصره آراؤه الفقهية، (القاهرة: دار الفكر العربي، سنة ٢٥٩١ م)، ص ٧٤٤.

<sup>١٥</sup> سعد الدين التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، (مصر: مكتبة صبيح، د ت)، ج ١ ص ٥٧١.

<sup>١٦</sup> يوسف القرضاوي، عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية، ص ٧٣-٨٣.

<sup>١٧</sup> أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة، ص ٢٣؛ وعبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي، ص ٩٤١.

العرف، وكذلك أن العمل بالعرف أيضا قد يكون من مراعاة المصلحة المرسله<sup>١٨</sup>.  
وأما اعتبار العرف حجة فيما يتعلق بإنشاء الأحكام الجديدة فلا بد أن يلائم  
مع نصوصها وقواعدها العامة، وفي الحقيقة أنه عائد إلى المصالح المرسله، غير أن  
العرف يزيد عنها، بأنه في حالة جريان العرف به بين الناس يكتسب قوة، باتفاق  
المسلمين أو أغلبهم على العمل به.<sup>١٩</sup>

والعرف إما يكون صحيحا وإما يكون فاسدا، والعرف الصحيح معتبر في  
بناء الحكم عليه فيحتج عليه، بخلاف العرف الفاسد فلا يعتبر. والعرف الصحيح  
عند عبد الوهاب خلاف هو الذي تتوفر فيه ثلاثة الشروط، وهي: أن لا يكون  
مخالفا للنص الشرعي، وأن لا يفوت مصلحة، وأن لا يجلب مفسدة. والفساد  
ما يتخلل فيه هذه الشروط.<sup>٢٠</sup>

وفي إنجاز العرف الصحيح ليكون حجة—فضلا عن تطبيقها في حل النزاع  
في المعاملة بين المتعاقدين—فلا بد أن يكون فيه عدة الأمور، وهي: أولا، أن  
يكون العرف مطردا أو غالبا. وإذا كان غير ذلك، فيجهله الناس فيكون سببا  
للنزاع. قال السيوطي (ت ١١٩ هـ): «إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطرت  
فلا.»<sup>٢١</sup> أي أن يستمر العمل بها في جميع الحوادث أو أغلبها بين الذين تعارفوها،  
وأن تكون شائعة مستفيضة بينهم، وإذا اضطرب العمل بها فلا عبرة به. وإذا كان  
عرفا خاصا في إقليم فيشترط—على الأقل— أن يكون غالبا في أهل الإقليم، أو  
كان خاصا عند أهل حرفة أو مهنة فلا بد أن يكون غالبا بينهم<sup>٢٢</sup>.

**وثانيا، أن يكون العرف موجودا عند إنشاء التصرف. العرف الذي يحتج**

<sup>١٨</sup> محمد أبو زهرة، مالك حياته وعصره آراؤه الفقهية، ص ٨٤٤؛ ٨٣؛ وعبد الوهاب خلاف، علم  
أصول الفقه، ص ١٠١.

<sup>١٩</sup> عبد العزيز بن عبد الرحمن المشعل، «أثر العرف والعادة في دراسة النوازل الفقهية مع تطبيقات  
فقهية معاصرة» مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية،  
٢٠١٢ م، ص ٣٧١.

<sup>٢٠</sup> عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي، ص ٦٤١.

<sup>٢١</sup> جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت ١١٩ هـ)، الأشباه والنظائر، (بيروت: دار الكتب  
العلمية، ١٩٩١ م)، ص ٢٩.

<sup>٢٢</sup> مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ٢، ص ٨٩٨.

به في تصرف من التصرفات لا بد أن قد كان قبل تلك التصرف ويستمر في نشوء ذلك التصرف. فبذلك، للاحتجاج بالعرف لا بد من الملاحظات في العرف الحادث حتى لا يحكم به على ما كان قبله، ولا بما قبله عليه. قال ابن نجيم: «إنما هو المقارن السابق دون المتأخر؛ ولذا قالوا لا عبرة بالعرف الطارئ»<sup>٢٣</sup>.

**وثالثاً، أن لا يعارضه تصريح بخلافه.** وهذا الشرط يعني به قاعدة مشهورة «المعروف عرفاً كالمشروط شرط»<sup>٢٤</sup>، أي إذا سكت المتعاقدان في عقدهما عن الأمر المتعارف بينهم أو عن اشتراطهم في شيء فالمراد بسكوتهما حمل العقد على العرف. ولكن إذا صرح أحد المتعاقدين بما يخالف العرف ويوافق صاحبه، فالعبرة بذلك التصريح لا بالعرف، فإذا تخصصا فالقاضي لا يحكم على العرف بل يحكم على ذلك التصريح. إذن فالعبرة بالعرف إنما عند عدم التصريح بخلافه لأن العرف من الدلالة، وإذا صرح بخلافه فبطلت تلك الدلالة<sup>٢٥</sup>.

## دور العرف المخالف للنص الشرعي في بناء الحكم

قد سبق أن العرف يكون دليلاً شرعياً عند جمهور الأصوليين إن لم يعارضه نص شرعي من الكتاب والسنة، حيث إذا اعتبر ذلك العرف يترتب به تعطيل لنص شرعي أو لأصل قطعي في الشريعة؛ لأن نص الشارع مقدم على العرف<sup>٢٦</sup>. وذلك مطابق بقاعدة «لا مساع للاجتهاد في مورد النص»<sup>٢٧</sup>. ولكن رأى ابن عابدين— في بيان كلام الكمال ابن الهمام في كتابه التحرير، وتبعه مصطفى المراغي— أن المراد بعدم مخالفة العرف لدليل شرعي هو: أن لا يعارض النص الشرعي—من القرآن والسنة—من كل وجوه، فيكون العرف حجة إن كان

<sup>٢٣</sup> زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم (ت ٥٧٩ هـ)، الأشباه والنظائر في مذهب أبي حنيفة (بيروت: دار الكتب العلمية، ٩٩١ م)، ص ٦٨.

<sup>٢٤</sup> محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقها في المذاهب الأربعة (دمشق: دار الفكر، ٦٠٢ م)، ج ١، ص ٩٤٣.

<sup>٢٥</sup> مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ٢، ص ١٠٩.

<sup>٢٦</sup> مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ٢، ص ٢٠٩.

<sup>٢٧</sup> أنظر: محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقها في المذاهب الأربعة، ج ١ ص ٩٩٤.



الدليل عاما والعرف يخالفه في بعض أفراده أو يكون الدليل قياساً<sup>٢٨</sup>.

وانتقد أبو سنة على ابن عابدين في فهم المراد من كلام الكمال بن الهمام أن مراده ليس على الإطلاق بأن العرف العام يخصص نصاً عاماً، ولكنه في مجال العرف العام الموجود عند صدور النص فقط. وأما العرف الجديد فلا يخصص النص، إلا إذا كان للعرف مستند شرعي من نص أو إجماع أو ضرورة ملجئة فيعتبر ذلك العرف حتى وإن خالف نصاً خاصاً<sup>٢٩</sup>.

وانتقد الزرقا على أبي سنة في قوله رداً على ابن عابدين، فقال الزرقا إن أبي سنة قد خرج عن الموضوع، لأنه إن كان العرف مخالفاً لبعض النصوص، واستند العرف إلى نص آخر أو إجماع أو ضروري معتبرة، فلا تكون المسألة في مجال التعارض بين النص والعرف، ولكنه التعارض بين نص ونص آخر، أو بين نص وإجماع أو بينه وضرورة معتبرة<sup>٣٠</sup>.

ورأى الزرقا أن قضية تعارض العرف للنص أن العرف الطارئ سواء كان قولياً أو عملياً لا يعتبر تجاه النص في تخصيصه أو تقييده، وإن كان العرف عاماً، إلا إذا كان النص معللاً بالعرف، أو كان معللاً بعلّة يزيلها العرف، سواء كان العلة منصوطة أو مستنبطة، فسيظهر أن العرف يعارض ويصادم على النص الشرعي<sup>٣١</sup>. وهذا النظر ليست سليمة من مشكلة. ومن المشاكل التي تأتي بعد ذلك هي في تعيين العلة من النص الشرعي، إن كانت العلة مستنبطة غير منصوطة، وبالتالي فيفتح المجال للاختلاف، لأن العلة المستنبطة شيء ظني ولا يفيد اليقين. ويبقى التعارض بين العمل بظنية علة النص التي قد استنبطت— وإن يقويها العرف، لكونه يدل بأنه من حوائج الناس—وبين العمل بظاهر النص.

<sup>٢٨</sup> محمد أمين أفندي ابن عابدين، «نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف»، مجموعة رسائل ابن عابدين، (د ن، د ت)، ج ٢ ص ٦١١؛ ومحمد مصطفى المراغي، الاجتهاد في الإسلام، (القاهرة: المكتب الفني للنشر، ١٩٧٣ هـ) ص ٣٤.

<sup>٢٩</sup> أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة، ص ٤٢.

<sup>٣٠</sup> مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ٢، ص ٩٢٩.

<sup>٣١</sup> مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ٢، ص ٢٢٩-٣٢٩.

وهناك بعض العبارات من العلماء المعاصرين أن العرف الفاسد الذي يعارض النص الشرعي ويخالف أصلا من أصول الشريعة، يمكن أن ينظر من ناحية أخرى، حتى يراعى ذلك العرف ويعمل به. وهو إن كان العرف ناشئا عن ضرورة، أي بأن تعارف الناس بشيء مخالف للنص لكونه من ضروراتهم، وأدخل هذا العرف في باب الرخصة. وهذا ما وضحه محمد الخضر حسين -شيخ الأزهر في زمنه- في بحث كتبه في مجلة الأزهر، ونقله عبد الوهاب خلاف بنصه:

«ويراعى العرف في القضاء والفتوى، وليس للفقهاء أن يفتي أو يقضي بما جرى به العرف المخالف لأصل من أصول الشريعة، إلا إن تدعو إلى ما جرى به العرف ضرورة، فيكون الحكم مبنيًا على مراعاة الضرورة، ويدخل في قبيل الرخصة التي يقرها الفقيه على سبيل الاجتهاد. ف شأن الفقيه أن ينظر في المعاملات المخالفة لأصل من أصول الشريعة، فإن وجدها ناشئة عن ضرورة كان له أن يستثنيها من أصل المنع، ويجعل الضرورة علة استثنائها من ذلك الأصل. فإن كانت ناشئة عن جهالة أو هوى غالب، فما له إلا أن يفتي بفسادها، ويعلم الناس وجه المعاملة الصحيحة». ٣٢

ومن مستندات هذا الرأي، كما بينه عبد الوهاب خلاف، أن الرسول صلى الله عليه وسلم لما جاء المدينة ووجد عرف أهلها جاريا على بيع السلم وبيع العرايا، وأصبح هذان النوعان من البيوع التي لا يستغني عنهما المتعاملون، وأباحهما؛ لأن ضرورات الناس دعتهن إلى هذا التعامل وتعارفوا عليه، فرعى رسول الله ضرورتهم وعرفهم، فرخص في السلم والعرايا، مع أن كلا منها مخالفًا للأحكام الشرعية؛ لأن السلم بيع مبيع غير موجود وقت البيع بثمن حال، فهو عقد على معدوم، وقد نهى صلى الله عليه وسلم البيع على معدوم. وكذلك العرايا، وهو بيع الرطب على النخل بالتمر الجاف، وهذا لا يمكن فيه من التحقق في تتساوي البدلين، وقد نهى النبي عن بيع شيء بجنسه متفاضلا. وضرب عبد الوهاب خلاف مثلا لهذا الرأي فيما إذا تعارف الناس عقدا أو تصرفا من العقود أو التصرفات الفاسدة حسب أحكام الشريعة، كعقد مضاربة اشترط فيه لرب

٣٢ عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي، ص ٧٤١.

المال من الريح قدر معين لا نسبي، أو عقد من التأمينات<sup>٣٣</sup>.  
وتكلم سعيد النورسي في هذه القضية أي في مدار الرخصة من الضرورة، بأن الضرورة إن كانت ناشئة عن سوء اختيار الفرد أو من رغبات غير مشروعة ومعاملات محرمة فلا يكون سببا لاعتبارها رخصة. وقال إنّ من اجتهد باعتبار تلك الضرورات مدارا للأحكام الشرعية فلا تصح من تسميتها اجتهدات شرعية قطعاً<sup>٣٤</sup>.

ورأى الباحث أن نطاق رأي محمد الخضر حسين ليس على إطلاقه، بل هو محمول على ما قال به سعيد النورسي، بأن الضرورة التي ترخص بها الحكم لا بد من تفصيلها، هل تكون الضرورة نشأت عن سوء اختيار الفرد أو من رغبات غير مشروعة ومعاملات محرمة أم لا، فإذا كان الأمر على الأول فلا رخصة فيه. وإذا لم تفصّل كذلك، فربما تؤدي رغبات غير مشروعة من أفراد الناس إلى إهمال الحكم الشرعي، فيكون الشرع خاضعا للضرورة التي جاءت بسبب رغبات الناس ولا يخضع الناس لحكمه.

## الهيئة الشرعية الوطنية لمجلس العلماء الإندونيسي

### ١. مكانة العرف في منهج فتوى الهيئة الشرعية الوطنية

العرف لا يكون داخلا في ضمن الطرق المستخدمة لإصدار الفتوى للهيئة الشرعية الوطنية لمجلس العلماء الإندونيسي، كما بين معروف أمين بأن المنهج الذي استخدمته الهيئة في استنباط الحكم على ثلاثة المداخل: نص قطعي، ثم قولي ثم منهجي. فالمسائل التي قد أجابها نص صريح من القرآن والسنة، فيعتمد على ذلك النص. فإن لم يوجد، فيعتمد على أقوال العلماء في الكتب المعتمدة، فإن كان هناك قول واحد في المسألة، وتكون العلة نفسها بما في الواقع فيفتى بذلك القول، وإن كان ذلك القول تعسرا للعمل أو صعوبة العمل أو قد تغيرت

<sup>٣٣</sup> عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي، ص ٧٤١.

<sup>٣٤</sup> سعيد الكردي النورسي، الكلمات - رسالة النور، ترجمة إحسان قاسم الصالحي (استانبول: دار سوزلر، ٢٩٩١ م) ص ٥٦٥ - ٦٦٥.

العلة فتعمل الهيئة بإعادة النظر<sup>٣٥</sup>.

ويبدو في نظام الطرق المستخدمة لقرار الفتوى للهيئة سنة ٢٠١٥، أنه إذا اختلف العلماء في حكم مسألة أرادت الهيئة لإفتائها، فتحاول في الجمع والتوثيق بين تلك الأقوال، وإن لم يمكن من جمعها فتقوم بالترجيح بين تلك الأقوال بعد مقارنتها، وتأخذ بالأرجح والأصلح إن أمكن، وإلا فتأخذ بالأصلح. وأما المسائل التي لم يُفْتِ عن حكمها أحدٌ من العلماء المعتمدين، فتجتهد فيها الهيئة جماعياً بطريقة الاجتهاد التعليقي التي تشتمل على القياسي والاستحساني والإلحافي والاستصلاحي وسد الذريعة<sup>٣٦</sup>. فلم يكن للعرف مجال في استنباط الأحكام حسب ذلك القرار، ولكنه يمكن أن يتضمن في الاجتهاد الاستحساني والاستصلاحي، لأن مراعاة العرف—كما مر—من أنواع الاستحسان ومراعاة المصلحة<sup>٣٧</sup>.

## ٢. فتوى إباحة بيع الذهب دينا

من خلال فتوى الهيئة الشرعية الوطنية لمجلس العلماء الإندونيسي بيع وشراء رقم: ٢٠١٠/DSN-MUI/V/٧٧ تبيح الهيئة بيع<sup>٣٨</sup> الذهب دينا، سواء أكان الدين بالتقسيط أو بالتأجيل، وسواء أكان البيع عادياً أم مراوحة، ما لم يكن الذهب أو الفضة نقداً رسمياً<sup>٣٩</sup>.

<sup>٣٥</sup> معروف أمين، محارج الفقهية (مالانج: جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج، ٧١٠٢ م) ص ٦١.

<sup>٣٦</sup> مجلس العلماء الإندونيسي، «دليل استنباط الحكم لمجلس العلماء الإندونيسي»، نظام الأنظمة لمجلس العلماء الإندونيسي (٦١٠٢)، ص ٦٧ - ٧٧.

PO--٠.٥/٠٤/٢٠١٦/http://test.islamwasathiyah.com/wp-content/uploads pdf.٨٦-٦٨\_Pedomam-Penetapan-Fatwa-OK

<sup>٣٧</sup> يوسف القرضاوي، عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية، ص ٧٣-٨٣.

<sup>٣٨</sup> يتضمن بذكر لفظ البيع معنى الشراء، لأن الشراء من لوازم البيع، لا بيع إلا بشراء.

<sup>٣٩</sup> الهيئة الشرعية الوطنية - مجلس العلماء الإندونيسي، فتوى رقم DSN-/٧٧ MUI/V/٢٠١٠، عن بيع الذهب دينا، ص ١١.

ومن العوامل التي توازنه الهيئة لأهمية إصدار الفتوى أن الناس في المجتمع في هذا الزمن تعارفوا في بيع الذهب ببيعه ديناً، سواء كان الدين بالتقسيط أو التأجيل، والبيع يمثل هذا قد أنشأ الخلاف في الأمة الإسلامية بين المحوزين والمنايعين<sup>٤٠</sup>. ومن هنا يبدو أن العرف له أثر إصدار هذا الفتوى، حيث تهتم الهيئة بتعاود الناس في بيع الذهب ببيعه ديناً، وتقوم الهيئة بإصدار هذا الفتوى. ولكن هذا العرف لا يتعلق بعملية استنباط الحكم، وإنما يتعلق بأسباب إصدار الفتوى.

وهذا العرف الجاري في المجتمع مخالف للنص الشرعي، لأن في النصوص الشرعية يشترط في بيع الذهب بالذهب أن يكون مثلاً بمثل غير متفاضل وأن يكون يدا بيد أي معجلاً، وفي بيع الذهب بالأصناف الأخرى مع اتحاد العلة فيشترط أن يكون يدا بيد، كما لو يبيع الذهب بالفضة أو بالورق النقدي. ومن النصوص التي منعت ذلك البيع<sup>٤١</sup> هي: رواية عن عبادة بن الصامت، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يدا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يدا بيد» (رواه مسلم في صحيحه، رقم: ٧٨٥١)، ورواية عن البراء بن عازب وزيد بن أرقم فكلاهما يقول: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الذهب بالورق ديناً» (رواه مسلم في صحيحه، رقم: ٠٨١٢).

فمن هنا نرى في الظاهر كأن الهيئة نفتي بمراعاة العرف الجاري المخالف للنص الشرعي وترفض النص. ولا يوجد شيء من النصوص الشرعية التي تبيح ذلك البيع—كما أوردها الهيئة في مستند قرار الفتوى—إلا عمومية جواز البيع

<sup>٤٠</sup> الهيئة الشرعية الوطنية، فتوى رقم ٧٧/V/DSN-MUI/٢٠١٠، ص ١.

<sup>٤١</sup> بيع وشراء الذهب في العصر الحاضر صورته العادية أن يباع الذهب بالورق النقدي أو ما يسمى بالعملة الورقية. فمخالفة هذا العرف للنص هنا إنما تكون في نطاق الاتفاق على أن الأوراق النقدية من الأموال الربوية، لوجود علة الربا للذهب فيها، لأن فيها صفة الثمنية كاملة. وحسب قرار رابطة العالم الإسلامي في الدورة الخامسة للمجمع الفقهي الإسلامي أن الأوراق النقدية نقد قائم بذاته، ويجري فيها الربا، لأن فيها صفة الثمنية، وعلة الربا الصحيحة في الذهب في النص هي مطلق الثمنية. انظر: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الأولى، العدد الأول (رابطة العالم الإسلامي، ٣٠٠٢) ص ١٩١-٢٩١.

وأن البيع لا بد أن يكون عن التراضي.

وتأتي الهيئة أيضا بقواعد العرف والعادة وإضافة إلى ذلك قاعدة العلة كأدلة تحتج بها الهيئة في استنباط الحكم. ومن تلك القواعد: «العادة محكمة»، و«إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت. وتبطل معها إذا بطلت كالنقود في المعاملات...»، و«الحكم يدور مع علته وجودا وعدمًا»، و«كُلُّ حُكْمٍ مُرْتَبِّ عَلَى عُرْفٍ وَعَادَةٍ يَبْطُلُ عِنْدَ زَوَالِ تِلْكَ الْعَادَةِ».<sup>٤٢</sup>

وهذه القواعد تستخدمها الهيئة كطريق من طرق فهم النص الشرعي بأن تلك النصوص الشرعية في عدم جواز بيع الذهب دينا معللة، والعلة هي كون الذهب ثمنا. ولا تعمل هذه النصوص في هذا الزمن بزوال علتها. وذلك تبين من خلال آراء أعضاء الهيئة في مناقشة الأقوال أن الهيئة في فهم النص الشرعي الذي منع ذلك البيع—تلاحظ على العرف الذي جرى في عهد النبي، حتى يتبين أن النص معقول المعنى، وحكمه تندرج تحت الأحكام المعللة. والعلة هي كون الذهب والفضة ثمنا في عرف الناس عند صدور النص<sup>٤٣</sup>. ورأت الهيئة بأن العلة في منع ذلك البيع—وهي ثمنية—قد انتفت في العرف الجاري بين الناس في العصر الحاضر، بعدم اعتبار الناس الذهب ثمنا في هذا وإنما يعتبرونه كسلعة من السلع، فبالتالي ينتفي أيضا المنع من النص في بيع الذهب دينا كما تعارف به الناس في الحاضر. وهذا الرأي يتبع رأي ابن تيمية وابن القيم الجوزية من المتقدمين، وكذلك علي جمعة من الفقهاء المعاصرين.

ورأى الباحث أن الحوار المهم في هذه المسألة هو في قضية انتفاء الثمنية وعدم انتفائها في الذهب بسبب العرف الجاري في الزمن الحاضر بعدم تعارف الناس في المجتمع على استخدام الذهب كتمن أو وسيط للتبادل. فلا بد من بيان تعريف الثمن، لمعرفة وجوده وعدمه في الذهب في العصر الحاضر. فهو عند عبد الله سليمان المنيع: كل وسيط للتبادل يلقي قبولًا عاما مهما كان ذلك الوسيط،

٤٢ الهيئة الشرعية الوطنية، فتوى رقم ٧٧/٧٧/DSN-MUI/V/٢٠١٠، ص ٢-٣.

٤٣ الهيئة الشرعية الوطنية، فتوى رقم ٧٧/٧٧/DSN-MUI/V/٢٠١٠، ص ٩.

وعلى أي حال يكون<sup>٤٤</sup>. وزاد محمد رواس قلعجي حيث اشترط أن الثمن لا بد أن يصدره المؤسسة الخاصة صاحبة الاختصاص<sup>٤٥</sup>. فبحسب تعريف قلعجي فلا ثمنية في الذهب في العصر الحاضر لأن الذهب خاصة في إندونيسيا لا يكون نقدا أصدره المؤسسة الخاصة صاحبة الاختصاص. وبحسب تعريف عبد الله سليمان المنيع فإن الذهب يمكن أن يكون ثمنا. وهناك مجموعة من الناس الذين تعارفوا باستعمال الذهب أو الدينار الخاصة كوسيط للتبادل بينهم، وهذا عرف خاص لهم. وإضافة إلى ذلك أن في المعاملة الدولية فإن الذهب يُعترف بكونه من الوسائل الدفعية، لأن الذهب من ضمن الصرف الأجنبي (devisa)<sup>٤٦</sup>.

## الخاتمة

والخلاصة من البحث السابق:

١. إن العرف وإن كان مخالفا للنص الشرعي، في بعض الحالات، يمكن أن يكون حجة لبناء الحكم عليه، سواء أكان الحكم تقنيا أو قضاء أو فتوى. وهي في حالتين: أولا، إذا كان النص معللا بعرف من الأعراف، ثم كان العرف الحادث مزيلا لتلك العلة. والعلة قد تكون منصوصة غير منصوصة، فإذا كانت العلة مستنبطة فينشأ الخلاف في اعتبار تلك العلة.
- والثاني، أن يكون العرف ناشئا من ضرورة. حيث لاحظ بعض العلماء أن العمل بالعرف مفروض وإن كان مخالفا بالنص الشرعي أو يعارض أصلا من أصول الشريعة إذا كان العرف ناشئا بسبب ضرورة، ويكون الحكم بمراعاة ذلك العرف للضرورة، ويدخل من باب الرخصة. ولكن لاحظ بعضهم بأن الرخصة من الضرورة ليس لها مجال إن كانت الضرورة ناشئة عن سوء اختيار الفرد أو من رغبات غير مشروعة ومعاملات محرمة.

٤٤ عبد الله سليمان المنيع، بحوث في الاقتصاد الإسلامي (مكة المكرمة: المكتب الإسلامي، ٦٩٩١)، ص ٨٧١.

٤٥ محمد رواس قلعجي، المعاملات المالية في ضوء الفقه والتشريع (بيروت: دار النفائس، ٩٩١)،

ص ٣٢.

٤٦ h (٢٠١٧), Nazaruddin Malik, Ekonomi Internasional (Malang: UMM Press ٤٦.

٢. أن العرف الذي التفتت إليه الهيئة الشرعية الوطنية في صدور فتوى إباحة بيع الذهب دينا نوعان: الأول، عرف المجتمع بتعاودهم في بيع الذهب على بيعه دينا، سواء بالتقسيط أو بالتأجيل. والثاني: عرف الناس في العصر الحاضر بأن يعتبروا الذهب ليس ثمنا بل هو سلعة كسائر السلعة. والعرف الأول في ظاهره يخالف النصوص الشرعية فيكون العرف فاسدا فلا يعمل به حسب قاعدة العرف. والعرف الثاني حسب رأي الهيئة تزيل علة النص الذي يمنع بيع الذهب دينا، حتى لا يعمل ذلك النص، وبالتالي فلا إشكال بوجود العرف الأول.

## المصادر والمراجع

- ابن منظور. لسان العرب. القاهرة: دار المعارف. د ت.
- أحمد فهمي أبو سنة. العرف والعادة في رأي الفقهاء. القاهرة: مطبعة الأزهر، ط ١، ١٩٤٧ هـ.
- جلال الدين عبد الرحمن السيوطي. الأشباه والنظائر. بيروت: دار الكتب العلمية. ١٩٩٠ م.
- حسنين محمود حسنين. «مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية». مجلة الشريعة والقانون «حولية محكمة». جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون. عدد ٣، ١٤٠٩ هـ.
- زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم (ت ٩٧٠ هـ). الأشباه والنظائر في مذهب أبي حنيفة. بيروت: دار الكتب العلمية. ١٩٩٩ م.
- سعد الدين التفتازاني. شرح التلويح على التوضيح. مصر: مكتبة صبيح، د ت.
- سعيد الكردي النورسي. الكلمات - رسالة النور. ترجمة إحسان قاسم الصالحي. استانبول: دار سوزلر. ١٩٩٢ م.
- عبد الله بن أحمد النسفي (ت ٧٠١ هـ). «المستصفى»، في وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، (دمشق: دار الفكر، ط. الأولى ١٩٨٦ م.



عبد الله سليمان المنيع. بحوث في الاقتصاد الإسلامي. مكة المكرمة: المكتب الإسلامي. ١٩٩٦ م.

عبد العزيز عبد الرحمن المشعل. أثر العرف والعادة في دراسة النوازل الفقهية. الرياض: مركز التميز البحثي جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ٢٠١٠ م.

عبد الوهاب خلاف. مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، الكويت: دار القلم. ١٩٧٢ م.

\_\_\_\_\_ . علم أصول الفقه. القاهرة: دار الحديث، ٢٠٠٣ م.

محمد مصطفى الزحيلي. القواعد الفقهية وتطبيقها في المذاهب الأربعة. دمشق: دار الفكر. ٦٠٠٢ م.

محمد حسن هيتو. الوجيز في أصول التشريع الإسلامي. بيروت: مؤسسة الرسالة. ٤١٠٢ م.

محمد أبو زهرة. مالك حياته وعصره آراؤه الفقهية. القاهرة: دار الفكر العربي، ٢٥٩١ م.

محمد أمين أفندي ابن عابدين. «نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف»، مجموعة رسائل ابن عابدين. د ن، د ت.

محمد رواس قلعجي. المعاملات المالية في ضوء الفقه والتشريع. بيروت: دار النفائس. ٩٩٩١ م.

محمد مصطفى المراغي. الاجتهاد في الإسلام. القاهرة: المكتب الفني للنشر، ٩٧٣١ هـ.

مسلم بن الحجاج النيسابوري. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم = صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. بيروت: دار إحياء التراث العربي، د ت.

مصطفى ديب البغا. أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي. دمشق: دار الإمام البخاري. د ت.

مصطفى أحمد الزرقا. المدخل الفقهي العام. دمشق: دار القلم، ط. ٢، سنة ٤٠٠٢ م.

وهبة مصطفى الزحيلي. أصول الفقه الإسلامي، دمشق: دار الفكر. ٦٨٩١ م.  
يوسف القرضاوي. عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية. الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب. ٢٠٠٢ م.

يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين. قاعدة العادة محكمة دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية. رياض: مكتبة الرشد. ط ثانية. ٢٠١٢ م.

Salinan Fatwa Dewan Syariah Nasional (DSN-MUI) No. 77/DSN-MUI/V/2010  
Tentang Jual Beli Emas Secara Tidak Tunai.

Majelis Ulama Indonesia, "Pedoman Penetapan Fatwa MUI", *Peraturan Organisas Majelis Ulama*. 2015.

Ma'rif Amin. *Solusi Hukum Islam sebagai Pendorong Arus Baru Ekonomi Syariah di Indonesia*. Malang: UIN Maulana Malik Ibrahim Malang, 2017.

Nazaruddin Malik. *Ekonomi Internasional*. Malang: UMM Press. 2017.