



HASIL KEPUTUSAN LEMBAGA BAHTSUL MASA'IL PCNU SAMPANG

Di Yayasan Nurul Huda Al-Maronyah Pangarengan Sampang

Ahad 03 D. Hijjah 1440 H. 4 Agustus 2019 M.

MUSHAHHIH	PERUMUS	MODERATOR
Kh. Syafiuddin Wahid	Kh. Syafiuddin Barodi	Gus Wahris
Kh. Amiruddin	Kh. As'adurrofiq	NOTULEN
Kh. Ali Jabir		Ust. Sholihin

MEMUTUSKAN

1. EKSPLOITASI DAGING KURBAN

Deskripsi Masalah :

Pada tanggal 10 Dzulhijjah mendatang umat Islam akan merayakan hari kemenangan Idul Adha atau yang biasa kita dengar dengan hari raya kurban. Banyak hal yang dilakukan oleh masyarakat dalam mengekspresikan kebahagiaan dalam menyambut hari kemenangan tersebut. Salah satunya adalah dengan cara menyembelih hewan kurban sebagai wujud taqarrub kepada Allah SWT.

Seperti yang lazim terjadi, masyarakat biasanya tidak melakukan sendiri penyembelihan hewan kurban, tetapi justru diamanahkan kepada tokoh masyarakat setempat yang dinilai lebih faham tentang hukum-hukum yang berkaitan dengan kurban. Kepada tokoh masyarakat, mereka bukan hanya memasrahkan soal penyembelihan, pun soal pendistribusian daging kurban juga mereka pasrahkan kepada tokoh masyarakat tersebut.

Namun, ada hal yang sedikit mengganjal perihal pendistribusian daging kurban. Peralnya, tokoh masyarakat yang diberi mandat hewan kurban tersebut terkadang lebih memprioritaskan kerabatnya daripada masyarakat umum yang fakir dan miskin, dengan cara memberikan bagian daging kurban yang bagus-bagus, lalu kemudian sisanya didistribusikan kepada orang lain.

Bahkan lebih ironi, tak jarang tokoh masyarakat mengambil bagian sendiri daging kurban lebih banyak, atau bahkan diambil secara keseluruhan untuk kepentingan pribadinya, semisal digunakan untuk acara haflatul imtihan, acara seribu harian (Bunyebuh; Madura), dan acara lainnya, sehingga tidak ada sedikit pun daging kurban yang diberikan pada tangan fuqara' dan masakin.

Pertanyaan :

Bagaimana fiqh menyikapi fenomena demikian?

Pertanyaan :

Apakah tindakan tokoh masyarakat dalam deskripsi diatas dapat dibenarkan?

Jawab:

- Jika berupa qurban sunnah maka dapat dibenarkan dengan syarat:

1- Ada sepotong daging mentah yang disedekahkan pada orang miskin
2- Pendistribusian sesuai izin dari pihak *muwakkil* (Mudlahhi), baik melalui ucapan (من جهة النطق), atau melalui kebiasaan yang berlaku (من جهة العرف), serta mempertimbangkan kerelaan dan kedermawanan Muwakkil.

- Jika berupa qurban wajib semisal nadzar dsb, maka semua daging qurban wajib disedekahkan kepada orang miskin.

Catatan:

Pengertian *urf* yg dimaksud adalah sebuah kebiasaan atau norma yang sudah terbentuk dan berlaku berulang-ulang, serta secara terus-menerus (*muttharid*).

العباب المحيط - (ج ٢ / ص ٦٠٨)

والافضل للرجل ذبيح أضحيته وتفريقها بنفسه وإذا وكل فالأولى توكيل مسلم فقيه بها وأن يحضر ذبحه وأن تكون في بيته بمشهد اهله إلا الإمام الأعظم فبالمصلي إن ضحى من بيت المال وإن توكل المرأة الخنثى رجلا وتحضر ذبحه ويكره توكيل كافر تحل ذكاته وتوكيل الحائض والصبي أولى منه ويكره توكيل صبي وعمى لأن ذبيح حائض أو نفساء وغيرهما أولى ويشترط نية التضحية عند الذبح ولو لمعين بالنذر ابتداء أو عما في الذمة وتقديمها على الذبح كالزكاة ولو وكل نوى عند إعطاء الوكيل أو

عند ذبحه فله تفويض النية إليه مسلما

المجموع شرح المهذب - (ج ٨ / ص ٤٠٥)

(أما) الاحكام فقال الشافعي والاصحاب يستحب ان يذبح هديه واضحيته بنفسه قال الماوردي الا المرأة فيستحب لها أن توكل في ذبح هديها واضحيته رجلا قال الشافعي والاصحاب ويجوز للرجل والمرأة أن يوكلتا في ذبحهما من تحل ذكاته والافضل ان يوكل مسلما فقيها بباب الصيد والذبائح والضحايا وما يتعلق بذلك لانه اعرف بشروطه وسننه - الى ان قال - ويستحب إذا وكل ان يحضر ذبحها ودليل الجميع في الكتاب قال البندنجي وغيره ويستحب أن يتولى تفرقة اللحم بنفسه ويجوز التوكيل فيها والله أعلم

المجموع شرح المهذب - (ج ١٤ / ص ١٠٩)

ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه اذن الموكل من جهة النطق أو من جهة العرف لان تصرفه بالاذن فلا يملك الا ما يقتضيه الاذن والاذن يعرف بالنطق وبالعرف فان تناول الاذن تصرفين وفي أحدهما اضرار بالموكل لم يجز ما فيه ضرار لقوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " فان تناول تصرفين وفي أحدهما نظر للموكل لزمه ما فيه النظر للموكل لما روى ثوبان مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم رأس الدين النصيحة: قلنا يا رسول الله لمن قال لله ورسوله ولكتابه ولائمة المسلمين وللمسلمين عامة وليس من النصح أن يترك ما فيه الحظ والنظر للموكل.

بغية المسترشدين - (ج ١ / ص ٣١٠)

ويجب على الوكيل موافقة ما عين له الموكل من زمان ومكان وجنس ثمن، وقدره كالأجل والحلول وغيرها، أو دلت عليه قرينة قوية من كلام الموكل أو عرف أهل ناحيته، فإن لم يكن شيء من ذلك لزمه العمل بالأحوط، نعم لو عين الموكل سوقاً أو قدراً أو مشترياً، ودلت القرائن على ذلك لغير غرض أو لم تدل وكانت المصلحة في خلافه، جاز للوكيل مخالفته ولا يلزمه فعل ما وكل فيه .

هامش أسنى المطالب في شرح روض الطالب (ج ٢ / ص ٤٧)

ومعلوم ان الولي او الوكيل لا يفعل الا ما فيه المصلحة

الفتاوى الفقهية الكبرى - (ج ٣ / ص ٤٢)

وأما من تحت يده مال لغائب فإن كانت على ذلك المال بغير حق فواضح أنه لا يجوز له أن يتصرف فيه لنفسه ولا لغيره وإن كانت بحق فإن كان قاضياً أو نائبه جاز له التصرف فيه إذا اضطر إليه كبيعته عند خوف تلفه وإن وكيلا جاز له التصرف بحسب ما أذن له موكله فيه نعم له ولغير الموكل أن يأخذ ما يعلمان أو يظنان أنه يرضى به هذا كله إن كان الغائب المالك رشيداً وإلا لم يجز أخذ شيء من ماله مطلقاً ولا التصرف فيه إلا للولي أو مأذونه والله أعلم

حاشية الباجوري (ج ٢ / ص ١٢٨)

وعلم من ذلك أنه يجوز للانسان ان يأخذ من مال غير ما يظن رضاه من دراهم وغيرها ويحتلف ذلك باختلاف الناس والاموال فقد يسمح لشخص دون آخر وبمال دون آخر وينبغي له مراعاة النصفة مع الرفقة فلا يأخذ الا ما يخصه لا ما يزيد عليه من حقهم الا ان يرضوا بذلك عن طيب نفس لا عن حياء اه

الفتاوى الفقهية الكبرى - (ج ٣ / ص ٢٦١)

وسئل عن مال موقوف لم يدر على أي جهة لكن اشتهر واستفيض أنه موقوف على كذا وجرت نظاره على ذلك من قديم الزمان فهل يجب على الناظر المتأخر اتباعهم في ذلك فأجاب بقوله يجب صرفه على ما جرت به عادة الأولين فيه ويجري على الحال المعهود من أهل ذلك المحل فيه من غير نكير من عمارة وغيرها ويتبع في جميع ذلك العرف المطرد العام المعلوم فيما تقدم إلى الآن من غير نكير فإن العرف المطرد بمنزلة المشروط كما قاله العز بن عبد السلام وغيره ويحمل ذلك المتعارف على الجواز والصحة وكان المال الموقوف لذلك المعهود هذا إن علم أن صرف النظار من ذلك المال وإلا فلا عبرة بظن ذلك

بغية المسترشدين - (ص ١٧٤) دار الفكر

قال ابو مخرمة يتبع العرف المطرد القديم من غير نكير في مصرف الوقف كما لو كان وقف مشهور بوقف الجامع ويصرف منه النظار المتقدمون على مساجد آخر فيتبع عملهم إذ العادة المرضية القديمة كشرط الوقف إه

المنهج القويم - (ج ١ / ص ٦٣١)

(ويجب) في أضحية التطوع (التصدق) بشيء يقع عليه الاسم وإن قل (من لحمها) فيحرم عليه أكل جميعها لقوله تعالى في هدي التطوع ومثله أضحية التطوع { فكلوا منها وأطعموا القانع } أي السائل { والمعتر } الحج ٢٦ أي المتعرض للسؤال ويجب أن يتصدق بالجزء المذكور حال كونه (نيئا) يملكه مسلماً حراً أو مكاتباً والمعطي غير السيد فقيراً أو مسكيناً فلا يكتفي إعطاؤه مطبوخاً ولا قديداً ولا جعله طعاماً ودعاؤه أو إرساله إليه لأن حقه في تملكه لا في أكله ولا تملكه غير اللحم من نحو كرش وكبد ولا تمليك ذي كما في صدقة الفطر فإن أكل الجميع ضمن الواجب وهو ما ينطلق عليه الاسم فيشتري بثمنه لحماً ويحرم تمليك الأغنياء شيئاً من الأضحية لا إطعامهم ولا هداؤه لهم والأفضل أن يقتصر على أكل لقم ويتصدق بالباقي ثم أكل الثلث والتصدق بالباقي ثم أكل الثلث والتصدق بالثلث وإهداء الثلث الباقي للأغنياء وفي هذه الصور يثاب على التضحية بالكل وعلى التصديق بالبعض

الحاوي الكبير - الماوردي - (ج ١٥ / ص ٢٧٢)

وأما الفقراء فعلى المضحي أن يدفع إليهم منها لحماً ولا يدعوهم لأكله مطبوخاً لأن حقهم في تملكه دون أكله ليصنعوا به ما أحبوا فإن دفعه إليهم مطبوخاً لم يجز حتى يأخذوه نيئاً كما لا يجوز أن تدفع إليهم زكاة الفطر محبوزاً اه

أسنى المطالب في شرح روض الطالب - (ج ١ / ص ٥٤٥)

ويجب التصدق بشيء منها يعني من لحوم ما ذكر ولو جزءا يسيرا ينطلق عليه الاسم فيحرم عليه أكل جميعها للآية السابقة ولأن المقصود إرفاق المساكين ولا يحصل ذلك بمجرد إراقة الدم بل يملكه الفقراء المسلمين نيئا ليتصرفوا فيه بما شاءوا من بيع وغيره كما في الكفارات فلا يكفي جعله طعاما ودعاء الفقراء إليه لأن حقهم في تملكه لا في أكله ولا تملكهم له مطبوخا ولا تملكهم غير اللحم من جلد وكرش وكبد وطحال ونحوها وشبه المطبوخ هنا بالخبز في الفطرة ولا يجوز تملك الأغنياء شيئا من ذلك كما في صدقة الفطر وكفارة اليمين ولأن الآية دلت على الإطعام لا على التملك

والمراد أنه لا يملكهم ذلك ليتصرفوا فيه بالبيع ونحوه بل بالأكل كما نبه عليه بقوله ويجوز الإهداء إليهم وإطعامهم كما صرح به الأصل وأفهم كلامهم أنه لا يجوز إطعام الفقراء وتمليكهم من الزائد على ما يجب تملكه نيئا ويتصرفون فيه بجميع التصرفات ولا تغني الهدية ولا الجلد ونحوه عن الصدقة في الأول وعن اللحم في الثاني

﴿ بشري الكريم - (ج ٢ / ص ١٢٨) ﴾

ويتصدق حتما بجميع المنذورة والمعينة عن النذر في ذمته والمجعولة حتى نحو جلدتها وإنما لم تتعين الزكاة بإفزاز قدرها بنيتها لأن حق الفقراء شائع في جميع المال بخلاف هنا فإنه لاحق في غير المعينة

﴿ فتح القريب مع حاشية الباجوري على ابن قاسم - (ج ١ / ص ٤٥٠) ﴾

(ولا يأكل المضحي شيئا من الاضحية المنذورة) بل يجب عليه التصدق بجميع لحمها قوله ولا يأكل اي لا يجوز له الاكل فإن اكل شيئا غرمه وقوله المضحي وكذا من تلمزه نفقته وقوله من الاضحية المنذورة اي حقيقة كما لو قال لله علي ان اضحي بهذه فهذه معينة بالذبح ابتداء وكما قال لله علي اضحية ثم عينها بعد ذلك فهذه معينة عما في الذمة او حكما كما لو قال هذه اضحية او جعلت هذه اضحية فهذه واجبة بالجعل لكنها في حكم المنذورة كما مر فاندفع اعتراض المحشي بقوله لو قال الواجبة لكان أولى واعم قوله بجميع لحمها وجلدها وقرنها فلو قال بجميعها لكان أولى لانه يجب التصدق بجميع أجزائها .

﴿ تحفة المحتاج في شرح المنهاج - (ج ٤١ / ص ١٣٩) ﴾

أما الواجبة فلا يجوز الأكل منها سواء المعينة ابتداء أو عما في الذمة وبحث الرافعي الجواز في الأولى سبقه إليه الماوردي لكن بالغ الشاشي في رده بل هي أولى ولا يجوز الأكل من نذر المجازاة قطعا لأنه كجزاء الصيد وغيره من جبران الحج

﴿ قوت الحبيب الغريب - (ص ٣٠١) ﴾

واما ان يكون التوكيل في مالية محضة كتفرقة الزكاة اي كتفرقة كفارة ومنذور فيجوز التوكيل فيها مطلقا ولا يجوز له أخذ شيء منها إلا ان عين له الموكل قدرا منها لكن قال بعضهم يجوز لتوكيل تفرقة لحم العقيقة ان يأخذ منها قدر كفاية يوم فقط للغداء والعشاء لان العادة تتسامح بذلك اه

﴿ حاشية الشرقاوي - (ج ٢ / ص ١٠٨) ﴾

قوله وتفرقة الزكاة بالنصب عطفا على نسكا ولا يجوز للتوكيل الأخذ منها لاتحاد القابض والمقبض نعم ان عين له قدرا جاز لان المقبض حينئذ هو المالك اه

﴿ تحفة المحتاج في شرح المنهاج مع حواشي الشرواني - (ج ٢٢ / ص ٧١) ﴾

(ولا يبيع لنفسه) وإن أذن له وقدر له الثمن ونهاه عن الزيادة خلافا لابن الرفعة وقوله اتحاد الطرفين عند انتفاء التهمة جائز بعيد من كلامهم لأن علة منع الاتحاد ليست التهمة بل عدم انتظار الإيجاب والقبول من شخص واحد (قوله لأن علة منع الاتحاد) أي فيما ذكر فلا ينافي أن التهمة قد تكون مانعة مع انتفاء تولى الطرفين اه ع ش

﴿ نهاية المحتاج الى شرح المنهاج - (ج ٣ / ص ٢٩) ﴾

(قوله مع التوسعة على الفقراء) اي وإن كان فقيرا أيضا فلا يمنعه فقره من ذمحه لاحتمال أن الحامل عليه اخذه منه بالفقر على أنه قد يقال: لا يجوز له الاخذ منه وإن كان فقيرا لاتحاد القابض والمقبض كما قيل بمثلها فيما لو وكله في دفع صدقة للفقراء حيث لا يجوز له أخذ شيء منها وإن عين له قدرا يأخذه منها فطريقه إذا اراد الدفع له ان يقدر له قدرا ويدفعه له . اه

﴿ حاشية إعانة الطالبين - (ج ٢ / ص ٢٠٧) ﴾

لو قال لآخر: اقبض ديني من فلان وهو لك زكاة، لم يكف، حتى ينوي هو بعد قبضه، ثم يأذن له في أخذها. (قوله: لم يكف) أي لم يجز عن الزكاة، وذلك لامتناع اتحاد القابض والمقبض على المعتمد (وقوله: حتى ينوي إلخ) أي فإنها تكفي لعدم اتحاد ذلك، لانه وكله أولا في القبض عنه فقط، ثم بعده صار وديعة في يد الوكيل، ثم أذن له في أخذها زكاة عنه (وقوله: هو) أي الدائن (وقوله: بعد قبضه) أي الدين من المدين، فالإضافة من إضافة المصدر لمفعوله ويصح أن تكون من إضافة المصدر لمفاعله، والمفعول محذوف، أي بعد قبض الآخر الدين من المدين (وقوله: ثم يأذن) أي ثم بعد نيته الكائنة بعد القبض يأذن لذلك الآخر (وقوله: في أخذها) أي الزكاة والإضافة لادنى ملابسة، أي في أخذ ما استلمه من الدين على أنه زكاة عنه اه

﴿ فتح المعين مع حاشية إعانة الطالبين - (ج ٢ / ص ٢٠٨) ﴾

وقال المتولي وغيره يتعين نية الوكيل إذا وقع الفرض بماله بأن قال له موكله أد زكاتي من مالك لينصرف فعله عنه وقوله له ذلك متضمن للإذن له في النية وقال الففال لو قال لغيره أقرضني خمسة أودها عن زكاتي ففعل صح قال شيخنا وهو مبني على رأيه بجواز اتحاد القابض والمقبض (قوله: بجواز اتحاد القابض والمقبض) أي بجواز أن يكون القابض والمقبض واحدا - كما هنا، فإن المقبض هو المقرض، وهو أيضا القابض بطريق النيابة عن موكله في إخراج الزكاة عنه والجمهور على منعه، فعليه لا يصح ما فعله الوكيل من إقراضه، وأداء الزكاة عنه.

﴿ الفتاوى الفقهية الكبرى - (ج ٤ / ص ٢٥٤) ﴾

وقوله فالظاهر جواز أكله إلخ إنما يتجه على ما قاله جمع فيمن أوصى إلى إنسان بتفرقة ثلثه على نفسه وغيره من أنه يجوز له أن يعطي نفسه وانتصر له الزركشي وغيره وأما على المعتمد أنه لا يجوز لاتحاد القابض والمقبض فلا يجوز له هنا أن يأخذ لنفسه شيئاً لاتحادهما ولا نظر لكونه نائب المالك لأن الوصي أيضاً نائب المالك وقد منع من ذلك على أن نيابته عنه تقوي ذلك الاتحاد الممنوع فإن قلت فما الفرق بينهما قلت يفرق بأنه بالنسبة للمضحي كالكل المباح إذ لا ولاية لأحد عليه فلم يكن فيه اتحاد وأما بالنسبة لنائب المالك فلا لأنه مال يلي تفرقة غير المالك وقد صار النائب وكيلاً عن ذلك الولي فإذا أخذ منه كان مقبضاً عن غيره وقابضاً لنفسه فتأمل ذلك ليظهر لك أن تعليل جواز الاتحاد بكونه نائب المالك في غاية البعد وأنه من تعليل الشيء بما يبطله ويرده

﴿ البيان في مذهب الشافعي (ج ٦ / ص ٤٢٠) ﴾

وان وكله في تفرقة ثلثه على الفقراء والمساكين لم يكن له ان يصرف على نفسه من ذلك شيئاً وإن كان فقيراً لأنه مخاطب في أن يخاطب غيره فلا يدخل في خطاب غيره اهـ

﴿ مغني المحتاج - (ج ٢ / ص ٢٢٤) ﴾

(و) الوكيل بالبيع والشراء مطلقاً (لا يبيع) ولا يشتري (لنفسه و) لا ل (ولده الصغير) ونحوه من محاجيره ولو أذن له فيه لتضاد غرضي الاسترخاض لهم والاستقصاء للموكل وكذا لو قدر له الثمن ونهاه عن الزيادة لأن الأصل عدم جواز اتحاد الموجب والقابل وإن انتفت التهمة ولأنه لو وكله ليهب من نفسه لم يصح وإن انتفت التهمة لاتحاد الموجب والقابل

﴿ فتح المنعم شرح صحيح مسلم - (ج ٤ / ص ٣٧٥-٣٧٦) ﴾

ثم قال النووي: واعلم أنه لا بد للعامل، وهو الخازن، وللزوجة والمملوك من إذن المالك في ذلك، فإن لم يكن إذن أصلاً فلا أجر لأحد من هؤلاء الثلاثة، بل عليهم وزر، بتصرفهم في مال غيرهم بغير إذنه، والإذن ضربان أحدهما الإذن الصريح في النفقة والصدقة، والثاني: الإذن المفهوم من اطراد العرف والعادة كإعطاء السائل كسرة ونحوها مما جرت العادة به واطرد العرف فيه، وعلم بالعرف رضا الزوج والمالك به، فإذا في ذلك حاصل وإن لم يتكلم، وهذا إذا علم رضا لاطراد العرف وعلم أن نفسه كنفوس غالب الناس في السماحة بذلك والرضا به، فإن اضطرب العرف وشك في رضا أو كان شخصاً يشح بذلك وعلم من حاله ذلك أو شك فيه لم يجوز للمرأة وغيرها التصديق من ماله إلا بصريح إذنه. قال: وأما قوله صلى الله عليه وسلم: "وما أنفقت من كسبه من غير أمره فإن نصف أجره له"، فمعناه من غير أمره الصريح في ذلك القدر المعين، ويكون معها إذن عام سابق متناول لهذا القدر وغيره، وذلك الإذن الذي قد أولناه سابقاً إما بالتصريح وإما بالعرف - ولا بد من هذا التأويل - لأنه صلى الله عليه وسلم جعل الأجر مناصفة، ومعلوم أنها إذا أنفقت من غير إذن صريح ولا معروف من العرف فلا أجر لها، بل عليها وزر، فتعين تأويله. ثم قال: واعلم أن هذا كله مفروض في قدر يسير، يعلم رضا المالك به في العادة، فإن زاد على المتعارف لم يجوز، وهذا معنى قوله صلى الله عليه وسلم: "إذا أنفقت المرأة من طعام بيتها غير مفسدة" فأشار صلى الله عليه وسلم إلى أنه قد يعلم رضا الزوج به في العادة، ونبه بالطعام أيضاً على ذلك لأنه يسمح به في العادة، بخلاف الدراهم والدنانير في حق أكثر الناس، وفي كثير من الأحوال. ثم قال: واعلم أن المراد بنفقة المرأة والعبد والخازن النفقة على عيال صاحب المال وغلمانهم ومصالحه وقاصديه من ضيف وابن سبيل ونحوهما، وكذلك صدقتهم المأذون فيها بالصريح أو العرف. انتهى.

﴿ الموسوعة الفقهية الكويتية - (ج ٣٠ / ص ٥٨) ﴾

شروط اعتبار العرف الشرط الأول أن يكون العرف مطرداً أو غالباً يشترط لاعتبار العرف أن يكون مطرداً أو غالباً ومعنى الأطراد أن يكون العرف مستمراً بحيث لا يتخلف في جميع الحوادث ومعنى الغلبة أن يكون العمل بالعرف كثيراً ولا يتخلف إلا قليلاً ذلك أن الأطراد أو الغلبة يجعل العرف مقطوعاً بوجوده قال السيوطي إنما تعتبر العادة إذا اطردت فإذا اضطربت فلا وقال ابن نجيم إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت

الشرط الثاني أن يكون العرف عاماً هذا الشرط محل خلاف بين الفقهاء فذهب جمهور الحنفية والشافعية إلى أنه يعتبر في بناء الأحكام العرف العام دون الخاص الشرط الثالث ألا يكون العرف مخالفاً للنص الشرعي يشترط في العرف المعتبر شرعاً ألا يخالف النصوص الشرعية بمعنى أن لا يكون ما تعارف عليه الناس مخالفاً للأحكام الشرعية المنصوص عليها وإلا فلا اعتبار للعرف

الشرط الرابع ألا يعارض العرف تصريح بخلافه يشترط لاعتبار العرف ألا يصدر تصريح بخلافه فإذا صرح العاقدان مثلاً بخلاف العرف فلا اعتبار للعرف لأن من القواعد الفقهية أنه لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح

الشرط الخامس أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف يشترط لاعتبار العرف أن يكون قائماً عند إنشاء التصرف وذلك بأن يكون العرف سابقاً أو مقارناً للتصرف عند إنشائه لأن كل من يقوم بتصرف سواء كان قولياً أو فعلياً إنما يتصرف بحسب ما جرى به العرف؛ ليصح الحمل على العرف القائم فلا عبرة بالعرف الطارئ بعد التصرف