الوجهين في انه اذا كان اليتيم في بلد وماله في بلد اخر والاصح عند الرافعي ان النظر لقاضي بلد
اليتيم وعند الغزالي انه لقاضي بلد المال نعم ما قاله الرافعي يكون القاضي الجزم الثالث انه يكون
لقاضي بلد السلطان الاصلية التي هي مصر او قاضي البلد الذي كان السلطان بها حين الوقف
قال والذي يترجح ان يكون النظر لقاضي البلد الموقوفة لانه اعرف بمصالحها فالظاهر ان
الواقف قصده وبه تصلح المصلحة لا سيما اذا كان السلطان حين الوقف فيها جلت الظاهر احتمال
نازع وهو ان يكون لقاضي البلد التي جرى الوقف فيها والظاهر انه من اراد السبكي بلد السلطان
بقرينة تشبيهه بمسئلة اليتيم والله اعلم ه

المبحث الخامس

قال الفقهاء كلما
ورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه الى العرف ومثلوه
في الحرز في السرقة والتفرق في البيع والقبض ووقت الحيض وقدره والاحيا والاستيلا
في الغصب والاكتفا في نية الصلاة بالمقارنة العرفية بحيث يعد مستحضرا للصلاة على ما اختاره
النووي وغيره وقالوا في الايمان انها تبنى اولا على اللغة ثم على العرف وخرجوا عن ذلك في مواضع
لم يعتبروا فيها العرف مع انها لا ضابط لها في الشرع ولا في اللغة ومنها المعاطاة على اصل المذهب
لا يصح البيع بها ولو اعتيدت لا جرم ان النووي قال المختار والراجح دليلا الصحة لانه
لم يصح في الشرع اعتبار لفظ فوجب الرجوع الى العرف كغيره من الالفاظ ومنها مسئلة استصناع
الجارية عادتهم بالعمل بالاجرة لا يستحق شيئا اذا لم يشرطوه في الاصح ومن امثلة ذلك ان يدفع
ثوبا الى خياط ليخيطه او قصار ليقصره او جلس بين يدي حلاق فحلق راسه او دلاك فدلكه
او دخل سفينة باذن صاحبها الى الساحل واما دخول الحمام فانه يوجب الاجرة وان لم يجر لها
ذكر قطعا لان الداخل مستوف منفعة الحمام بسكونه وهناك صاحب المنفعة فرفها ومنها لم
يرجعوا الى موالاة الوضوء وخفة الشعر وكثافته للعرف في الاصح ولا في ضابط التفرق فرع
سئل الغزالي عن اليهودي اذا اجر نفسه مدة معلومة فما حكم السبوت التي تتخللها اذا لم
يستثنها فان استثناها فهل تصح الاجارة لانه يؤدي الى تاخير التسليم عن العقد فاجاب
اذا اطرد عرفهم بذلك كان اطلاق العقد كالتصريح بالاستثنا كاستثنا الليل في عمل لا يتولى
الا بالنهار وحكمه انه لو انشا الاجارة في اول الليل مصرحا بالاضافة الى اول الغد لم يصح
وان اطلق صح وان كان الحال يقتضي تاخر العمل كما لو استاجر ضالا للخروج اليه في وقت لا يسع
المبادرة اليه او عينا او اجر دارا مشغولة بالامتعة لا تفرغ الا في يوم او يومين انتهى وقد
نقله عنه الرافعي والنووي ولم ينقلاه عن غيره قال السبكي ولا ينبغي ان يوجد مسئلة بلك
ينظر فيه قال وقد سئل عنه قاضي القضاة ابو بكر الشامي فقال يجبر على العمل فيها لانه لا
الاعتبار بشرعنا في ذلك قد ذكر له كلام الغزالي فقال ليس بصحيح ثم قال ويحتمل ان يقال
ذلك ويستثنى بالعرف قال السبكي في كلام الشامي متين قوي وفيه نوع غفلة لانه موجود
فيه فيدل قائد لما العرف في اوقات الراحة ونحوها قال وقوله اذا اطرد عرفهم بذلك
ينبغي ان يحمل على عرف المستاجر والموجر جميعا سواء كان المستاجر مسلما ام لا فلو كان عرف اليهود

مطردا بذلك ولم يكن المستاجر المسلم لم يعرف ذلك لم يكن اطلاق العقد في حقه منزلا منزلة
الاستثنى والتوكل المسلم في ذلك اذا لم يكن في اهل تلك البلد ولم يعلم من حاله ما يقتضي معرفته
بذلك العرف وحينئذ هل يقول العقد باطل او يصح ويثبت له الخيار او يلزم اليهودي بالعمل
فيه نظر والاقرب الى الثالث لان اليهودي مفرط بالاطلاق مع من ليس من اهل العرف قال
واذا اقتضى الحال استثناها واسلم الذمي في مدة الاجارة واتى عليه يوم اسلامه يوم سبت وجب
العمل فيه لانا لا نقول عند الاستثنى انه خارج عن عقد الاجارة فانه لو كان كذلك لجرى في
الاجارة خلاف كاجارة العقب ولجاز له ان يوجر نفسه يوم السبت لاخر وحينئذ ذلك نفيد على
العين فانه يلزم منه عقد الاجارة على العين الشخص في مدة واحدة وكلام الفقها يأباه وفرقوا
بانه اذا ورد العقد على عين لا يجوز ان يعقد عليها مثله وهكذا نقول في استثنا اوقات الصلاة
ليس معناه ان تلك الاوقات متخللة بين ازمان الاجارة كاجارة العقب بل نقول في كل ذلك ان
منفعة ذلك الشخص في جميع تلك المدة مستحقة للمستاجر مملوكة لمقتضى العقد ومع هذا يجب عليه توفيره
من العمل في تلك الاوقات كان الذي يستحق منفعة عبد في جميع الاوقات ومع ذلك يجب توفيره في
اوقات الصلاة والراحة بالليل ونحوها فهذا هو معنى الاستثنى وهو استثنا من الاستيفا لا من الاستحقاق
وان شئت قلت من استيفا المملوك لا من الملك وان شئت قلت العقد يقتضي استحقاقها ولكن منع مانع
من استيفاها وحينئذ فالسبوت داخلة في الاجارة يملك المستاجر منفعته فيها وانما امتنع عليه الاستيفا
لامر عرضي وهو حق اليهودية فاذا اسلم لم يبق مانع والاستحقاق ثابت بلزوم العقد فيستوفيه ويجب
عليه بعد ما اسلم ان يودي الصلوات في اوقاتها ويرد استحقاق المستاجر لاستيفاها بالاسلام
فانها كانت مملوكة بالعقد كما لم يستحق استيفاها في استيحاب الحنا وان كانت مملوكة له بالعقد والموجب
استحقاق صرفها قبل الاسلام الى العمل لقيام المانع من استيفائها مانع استحقاقها ونظيره لو استاجر
امراة لتعمل مدة فحاضت في بعضها فاوقات الصلاة في زمن الحيض غير مستثناة وفي غيره مستثناة ولا
نظر في ذلك الى العقد بل حال الاستيفاء وهكذا كرا الابل الى الحج ونحوها محمول على العادة والمنازل
المعتادة فلو اتفق في مدة الاجارة تغير العادة وصار الناس على خلاف ما كانوا يرون فيما لا يضر
بالاجير والمستاجر وجب الرجوع الى ما صار عادة الناس ولا يقولون بانفساخ العقد واعتبار
العادة الاولى هذا مقتضى الاخلاق الفقه وان لم اخذه منقولا قال ولو استعمل المستاجر اليهودي
يوم السبت ظالما او الزم المسلم العمل في اوقات الصلاة ونحوها لم يلزمه اجرة المثل فقد قال البغوي
في فتاويه انه لو استاجر عبدا فاشتغل في اوقات الصلاة لم يجب عليه اجرة زايدة لان حمله الزمان
منفعته وترك الصلاة ليتوفر عليه عمله فان دخله نقص وجب ارش نقصه كما لو استعمله في اوقات
الصلاة ولا عليه زيادة اجرة وعليه اثم كونه لم يقض الصلوة هذه عبارته انتهى ونظير مسئلة اسلام
الذمي ما لو اجر دارا ثم باعها لغير المستاجر ثم تقايل البايع والمستاجر الاجارة فالذي ذكره
المتولي ان المنافع تعود الى البايع سواء قلنا ان الاقالة بيع او فسخ على الصحيح لانها تبع الفقد من
حينها قطعا فلم يرجع عند الرد بل وجب الحق للمشتري وحكي فيما لو فسخت الاجارة بعيب او طرو ما