كل ما ورد به الشرع مطلقا بلا ضابط منه و لا من اللغة يرجع فيه إلى العرف .

المبحث الخامس .

قال الفقهاء : .

كل ما ورد به الشرع مطلقا و لا ضابط له فيه و لا في اللغة يرجع فيه إلى العرف .

و مثلوه بالحرز في السرقة و التفرق في البيع و القبض و وقت الحيض و قدره و الإحياء و الاستيلاء في النصب و الاكتفاء في نية الصلاة بالمقارنة العرفية بحيث يعد مستحضرا للصلاة على ما اختاره النووي و غيره .

و قالوا في الإيمان : إنها تبنى أولا على اللغة ثم على العرف .

و خرجوا عن ذلك في مواضع لم يعتبروا فيها العرف مع أنها لا ضابط لها في الشرع و لا في اللغة : .

منها : المعاطاة على أصل المذهب لا يصح البيع بها و لو اعتيدت لا جرم أن النووي قال : المختار الراجح دليلا الصحة لأنه لم يصح في الشرع اعتبار لفظ فوجب الرجوع إلى العرف كغيره من الألفاظ .

و منها : مسألة استصناع الصناع الجارية عادتهم بالعمل بالأجرة لا يستحقون شيئا إذا لم يشرطوه في الأصح .

و من أمثلة ذلك : أن يدفع ثوبا إلى خياط ليخيطه أو قصار ليقصره أو جلس بين يدي حلاق فحلق رأسه أو دلاك فدلكه أو دخل سفينة بإذن و سار إلى الساحر .

و أما دخول الحمام فإنه يوجب الأجرة لان لم يجر لها ذكر قطعا لأن الداخل مستوف منفعة الحمام بسكوته و هناك صاحب المنفعة صرفها .

و منها : لم يرجعوا في ضبط موالاة الوضوء و خفة الشعر و كثافته للعرف في الأصح و لا في ضابط التحذير .

فرع .

سئل الغزالي عن اليهودي إذا أجر نفسه مدة معلومة ما حكم السبوت التي تتخللها إذا لم يستثنها فإن استثناها فهل تصح الإجارة لأنه يؤدي إلى تأخير التسليم عن العقد .

فأجاب : إذا اطرد عرفهم بذلك كان إطلاق العقد كالتصريح بالاستثناء كاستثناء الليل في عمل لا يتولى إلا بالنهار .

و حكمه : أنه لو أنشأ الإجارة في أول الليل مصرحا بالإضافة إلى أول الغد لم يصح و إن

أطلق صح و إن كان الحال يقتضي تأخير العمل كما لو أجر أرضا للزراعة في وقت لا يتصور المبادرة إلى زرعها أو أجر دارا مشحونة بالأمتعة لا نفرغ إلا في يوم أو يومين انتهى .

و قد نقله عنه الرافعي و النووي و لم ينقلاه عن غيره .

قال السبكي : و لا ينبغي أن يؤخذ مسلما بل ينظر فيه .

قال : و قد سئل عنه قاضي القضاة أبو بكر الشامي فقال : يجبر على اعمل فيها لأن الاعتبار بشرعنا في ذلك فذكر له كلام الغزالي فقال : ليس بصحيح .

ثم قال : يحتمل أن يقال ذلك و يستثنى بالعرف .

قال السبكي : و كلام الغزالي متين و قويم و فيه فوائد و هو أولى من قول أبي بكر الشامي لأن العرف و إن لم يكن عاما لكنه موجود فيه فينزل منزلة العرف في أوقات الراحة و نحوها .

قال : و قوله إذا اطرد عرفهم بذلك فينبني أن يحمل على عرف المستأجر و المؤجر جميعا سواء كان المستأجر مسلما أم لا فلو كان عرف اليهود مطردا بذلك و لكن المستأجر المسلم لم يعرف ذلك لم يكن إطلاق العقد في حقه منزلا منزلة الاستثناء و القول قول المسلم في ذلك إذا لم يكن من أهل تلك البلدة و لم يعلم من حاله ما يقتضي معرفته بذلك العرف .

و حينئذ هل يقول العقد باطل أو يصح و يثبت له الخيار أو يلزم اليهودي بالعمل ؟ فيه نظر و الأقرب الثالث لأن اليهودي مفرط بالإطلاق مع من ليس من أهل العرف .

قال : و إذا اقتضى الحال استثناءها و أسلم الذمي في مدة الإجارة و أن عليه بعد سلامه يوم سبت وجب العمل فيه و لا نقول عند الاستثناء : إنه خارج عن عقد الإجارة : فإنه لو كان كذلك لجرى في الإجارة خلاف كإجارة العقب و لجاز له أن يؤجر نفسه يوم السبت لآخر و تجويز ذلك بعيد فإنه يلزم منه عقد الإجارة على العين لشخصين على الكمال في مدة واحدة و كلام الفقهاء يأباه و صرحوا بأنه إذا ورد عقد على عين لا يجوز أن يعقد عليها مثله .

و هكذا نقول في استثناء أوقات الصلوات و نحوها ليس معناه أن تلك الأوقات متخللة بين أزمان الإجارة كإجارة العقب بل نقول في كل ذلك : إن منقعة ذلك الشخص في جميع تلك المدة مستحقة للمستأجر مملوكة بمقتضى العقد و مع هذا يجب عليه توفيره من العمل في تلك الأوقات كما أن السيد يستحق منفعة عبده في جميع الأوقات و مع ذلك يجب توفيره في أوقات الصلوات و الراحة بالليل و نحوها .

فهذا هو معنى الاستثناء و هو استثناء من الاستيفاء لا من الاستحقاق .

و إن شئت قلت : من استيفاء المملوك لا من الملك و إن شئت قلت : العقد مقتض لاستحقاقها و لكن منع مانع فاستثناها .

و حينئذ فالسبوت داخلة في الإجارة و ملك المستأجر منفعة فيها و إنما امتنع عليه

الاستيفاء لأمر عرفي مشروط ببقاء اليهودية فإذا أسلم لم يبق مانع و الاستحقاق ثابت لعموم العقد فيستوفيه و يجب عليه بعدما أسلم أن يؤدي الصلوات في أوقاتها و يزول استحقاق المستأجر لاستيفائها بالإسلام و إن كانت مملوكة له بالعقد و إنما وجب استحقاق صرفها قبل الإسلام إلى العمل لعدم المانع من استيفائها مع استحقاقها .

و نظيره : لو استأجر امرأة لعمل مدة فحاضت في بعضها فأوقات الصلاة في زمن الحيض غير مستثناة و في غيره مستثناة و لا ينظر في ذلك إلى حال العقد بل حال الاستيفاء .

و هكذا اكتراء الإبل إلى الحج و سيرها محمول على العادة و المنازل المعتادة فلو اتفق في مدة الإجارة تغيير العادة و سار الناس على خلاف ما كانوا يسيرون فيما لا يضر بالأجير و المستأجر وجب الرجوع إلى ما صار عادة للناس و لا نقول بانفساخ العقد و اعتبار العادة الأولى .

هذا مقتض الفقه لان لم أجده منقولا .

قال : و لو استعمل المستأجر اليهودي يوم السبت ظالما أو ألزم المسلم العمل في أوقات الصلاة و نحوها لم يلزمه أجرة المثل .

و قد قال البغوي في فتاويه : إنه لو استأجر عبدا فاستعمله في أوقات الراحة لم يجب عليه أجرة زائدة لأن جملة الزمان مستحقة و ترك الراحة ليتوفر عليه عمله فإن دخله نقص وجب عليه أرش نقصه كما لو استعمله في أوقات الصلاة لا يجب عليه زيادة أجرة و عليه تركه لقضاء الصلاة هذه عبارته انتهى .

و نظير مسألة إسلام الذمي ما لو أجر دارا ثم باعها لغير المستأجر ثم تقايل البائع و المستأجر الإجارة و الذي ذكره المتولي أن المنافع تعود إلى البائع سواء قلنا إن الإقالة بيع أو على فسخ الصحيح لأنها ترفع العقد من حينها قطعا فلم يوجد عند الرد ما يوجب الحق للمشتري و حكى فيما لو فسخت الإجارة بعيب أو طروء ما يقتضي ذلك من وجهين مبنيين على أن الرد بالعيب يرفع العقد من أصله أو حينه إن قلنا بالأول فللمشتري و كان الإجارة لم تكن أو بالثاني فللبائع لما تقدم