@ 499 @ ذلك . أي أشهد على ما به من العذر أنه لو كان قادراً أو قدر على ذلك فأنا أفعل ؛ واختار القاضي في التعليق وجمهور أصحابه ، كالشريف وأبي الخطاب في خلافيهما ، والشيرازي ، وقبلهما أبو بكر أنه لا يلزمه ، لحصول الواجب عليه وهو الفيئة ، إذ لا وعد ، قال القاضي في التعليق وفي الجامع ، متابعة لأبي بكر إنه ظاهر كلام أحمد في رواية مهنا ، وسئل إذا آلى من امرأته وهو غائب عنها ، بينه وبينها مسيرة أربعة أشهر ، أو تكون صغيرة أو رتقاء أو حائضاً ، يجزيه أن يفيء بلسانه وقلبه ، إذا كان لا يقدر عليها ، وقد سقط عنه الإيلاء ، واعترض ذلك القاضي في الروايتين ، فقال : معنى قوله : سقط عنه الإيلاء ، يعني في الحال ، لا أنه سقط مطلقاً ، وقد ذكر الخرقي ممن يفيء بلسانه المحرم ، ولم يفرق بين أن تطول مدة إحرامه أو تقصر ، قال أبو محمد : وكذلك على قياسه الإعتكاف المنذور ، وقال أبو البركات يمهل المحرم حتى يحل ، وأطلق ثم قال بعد ذلك : إن الزوج إذا كان به عذر من مرض أو إحرام ، أو صوم فرض ونحوه ، وطالت مدته ، فاء فيئة المعذور ، مع أنه قدم أن المظاهر لا يمهل لصيام الشهرين ، بل يؤمر بالطلاق ، وكذلك قال أبو محمد : إنه لا يمهل لصوم الشهرين ، وخرج من المحرم فيه قولاً أنه يمهل ، وقولاً أنه يفيء فيئة المعذور ، انتهى . .

قلت : وهذا من أبي البركات ظاهره التناقض . .

قال : فمتى قدر فلم يفعل أمر بالطلاق . .

ش : إذا لم يفعل الفيئة الواجبة وهي الجماع مع القدرة ، أو القول مع عدمها ، ق أمر بالطلاق ، لظاهر قول ا تعالى : 19 ({ فإن فاؤا فإن ا غفور رحيم ، وإن عزموا الطلاق فإن ا سميع عليم }) فظاهرها أنه إذا لم يفء يطلق ، وكذا فهمت الصحابة رضوان ا عليهم ، وقد تقدم ، وأيضاً فإن ا سبحانه قال : 19 ({ فإمساك بمعروف ،) 19 (أو تسريح بإحسان }) وإذا لم يفء فلم يمسك بمعروف ، فتسريح بإحسان . وا أعلم . .

قال : فإن لم يطلق طلق الحاكم عليه . .

ش : هذا إحدى الروايتين عن أحمد ، واختيار القاضي في تعليقه ، والشريف وأبي الخطاب والشيرازي ، وأبي محمد وغيرهم ، لأنه حق تدخله النيابة ، مستحقه متعين ، فإذا امتنع من هو عليه من الإيفاء ، كان للسلطان الاستيفاء كالدين ، وخرج إذا أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة ، ولم يختر ، لم يملك الحاكم الاختيار ، لأن الحق غير متعين (والرواية الثانية) ليس للحاكم أن يطلق عليه ، بل يحبسه ويضيق عليه حتى يطلق ، لأن ا تعالى أضاف الطلاق

إليه بقوله : 19 ({ وإن عزموا الطلاق }) . .

2752 ولعموم (الطلاق لمن أخذ بالساق) وحُمِلا على حال الاختيار ،