[316] الثوري، وأبو حنيفة وأصحابه، ويرويه عن الحكم (1). دليلنا: إجماع الفرقة، وأخبارهم (2)، فإنهم لا يختلفون في ذلك. وأيضا طريقة الاحتياط تقتضيه، لأنه إذا عقد في حال الاحلال كان العقد صحيحا بلا خلاف، وإذا عقد في حال الاحرام ففيه خلاف. وأيضا فاستباحة الفرج لا يجوز إلا بحكم شرعي بلا خلاف، ولا دليل في الشرع على استباحته بالعقد حال الاحرام. وروى أبان بن عثمان عن عثمان (3) أن النبي صلى ا عليه وآله قال: " لا ينكح محرم ولا ينكح ولا يخطب " (4) وهذا نص. مسألة 112 إذا أشكل الأمر فلا يدري هل وقع في حال الاحرام أو قبله، فالعقد صحيح، لأن الأصل الإباحة (5). وبه قال الشافعي (6). والأحوط عندي تجديد العقد، لأنه إذا جدد فإن كان وقع العقد الأول حال الاحلال فلا يضر هذا شيئا، وإن كان وقع العقد حال الاحرام فيكون هذا العقد صحيحا، فالاحتياط يقتضي تجديده على ما بيناه. مسألة 113: إن اختلفا، فقالت: وقع العقد بعد إحرامك، وقال هو وقع قبله، فالقول قول الزوج بلا خلاف بيننا وبين الشافعي (1). وإن كان بالضد من ذلك، فادعت أنه كان حلالا، وقال: كنت حراما، حكم عليه بتحريم

_____

(1) وهو قول الشافعي أيضا كما في المجموع 7: 287. (2) انظر التهذيب 5: 329 حديث 1132 و 1133. (3) المجموع 7: 283. (4) المجموع 7: 283، ونسب ابن قدامة في المغني القول إلى بعض أصحاب الشافعي من دون تسمية. انظر المغني 3: 322، والشرح الكبير 3: 320. (5) صحيح مسلم 2: 1030 حديث 1409، وموطأ مالك 1: 348 حديث 70، وسنن أبي داود 2: 169 حديث 1842، وسنن النسائي 5: 192، ومسند أحمد بن حنبل 1: 64. (6) المجموع 7: 290، والمحلى 7: 199، وكفاية الأخيار 1: 142، والفتح الرباني 11: 231. (7) المجموع 7: 290، والمحلى 7: 199، والفتح الرباني 11: 231.

_____