فينبغي ان يظهر ناسخه قلنا قد ظهر ناسخه باجماع
الصحابة وبيان ذلك انه وردت الاحاديث الدالة
على نسخها منها ما روى محمد بن الحنفية عن علي بن ابي
طالب ان مناديا رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى
يوم خيبر الا ان الله ورسوله ينهاكم عن المتعة ومنها
حديث الربيع بن سبرة قال احل رسول الله صلى
الله عليه وسلم المتعة عام الفتح ثلاثة ايام فخرجت
مع عم لي باب امراة ومع كل واحد منا بردة وكانت
بردة عمي احسن من بردي فخرجت امراة كانها
دمية عيطا فجعلت تنظر الى شبابي والى بردته وقالت
هلا بردة كبردة هذا او شبابا كشباب هذا ثم اثرت شبابي
على بردته فبت عندها فلما اصبحت اذا مناديا رسول
الله صلى الله عليه وسلم ينادي الا ان الله ورسوله ينهاكم
عن المتعة فانتهى الناس عنها ثم اجمعت الصحابة
على ان المتعة قد انتسخت في حياة النبي صلى الله عليه وسلم
فكانت الاحاديث ناسخة والاجماع مظهر لان نسخ
الكتاب والسنة بالاجماع ليس بصحيح على المذهب
الصحيح فان قيل اين الاجماع وقد كان ابن عباس
مخالفا اجاب بقوله وابن عباس صح رجوعه
الى قولهم روى جابر بن زيد ان ابن عباس ما خرج
من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة فتقرر
الاجماع وقيل في نسبة جواز المتعة الى مالك
نظر لانه روى الحديث في الموطا عن ابن شهاب
عن عبد الله والحسن ابني محمد بن علي عن ابيهما
عن علي ابن ابي طالب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم

نهى

٢١٦

المعنى على ذلك التاجيل وقوله فلو كانت
الكفالة بغير امره متصل بقوله اذا كانت الكفالة
بامره وقوله في الصحيح اشارة الى نفي
ما ذهب عامة المشايخ في شروح الجامع الصغير
من عدم التفرقة بين ما اذا كانت بامره او بغير
امره لاطلاق جواب الجامع الصغير والمصنف تابع
ما ذهب اليه الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير من التفرقة بينهما واجاب عن
اطلاق جواب الكتاب اي الجامع الصغير بانه
محمول على المقيد وهو الكفالة بالامر لانه حينئذ تكون
معاوضة انتهاء والا فهو تبرع ابتداء وانتهاء فلا
يلزم شريكه وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة
التجارة في انه يلزمه ايضا وعن ابي يوسف في غير
رواية الاصول انه لا يلزم الشريك ويلحق عند
المفاوضة على هذا الوجه ان يظهر لك سقوط ما اعترض
به على المصنف في قوله بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة
ولا الحقوله بمنزلة الكفالة وجه ووجه ابي يوسف
ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان وجب بسبب
ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية
ولهما ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة
لانه بدل مال محتمل الشركة فانه يجب باصل السبب
وعند ذلك المحل قابل للتملك وبهذا املك عين
المغصوب والمستهلك بالضمان ولذلك يصح اقرار
الماذون به ويواخذ به في الحال ولذلك يصح اقرار
الصبي والماذون له والمكاتب به ولو لم يكن ضمان و