@ 547 @ والوكالة لا مطلق التصرف إذ لا بأس في أن يكون بيع أحدهما أو شراؤه أكثر من الآخر وودينا ومالا أي من جهة الدين والمال وربحا لتحقق المساواة من جميع الوجوه فكلما فات شرط من شرائط المفاوضة يجعل عنانا إن أمكن تصحيحه لتصرفهما بقدر الإمكان وتتضمن المفاوضة الوكالة فيصير كل واحد وكيلا عن صاحبه فحقوق عقد كل تنصرف إلى الآخر كما تنصرف إلى نفسه والكفالة فيصير كل كفيلا عن الآخر فيما لحقه من نحو ضمان التجارة والغصب والاستهلاك كما سيأتي وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي .

وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة وجه القياس أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام فاوضوا فإنه أعظم للبركة وكذا الناس تعاملوها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة محتملة تبعا كما في المفاوضة ثم فرعه فقال فلا تجوز هذه الشركة بين مسلم وذمي عند الطرفين فتجوز بين المسلمين والذميين والكتابي والمجوسي لأن الكفر ملة واحدة خلافا لأبي يوسف لتساويهما في أهلية الوكالة والكفالة وزيادة أحدهما في التصرف لا يمنعها كما أن المفاوضة جائزة بين الحنفي والشافعي ومع أنه يتصرف في بيع متروك التسمية وشرائه دون الحنفي إلا أنه يكره لأن الذمي لا يهتدي إلى الجائز من العقود كما في أكثر المعتبرات لكن هذا الدليل جاز في شركة العنان أيضا فيلزم أن يكره عنده وليس كذلك تدبر .

ولهما أنه لا تساوي في التصرف فإن الذمي لو اشترى برأس المال خمورا أو خنازير صح ولو اشتراها مسلم لا يصح والشريك الشافعي يمكن إلزامه بالدليل الشرعي في متروك التسمية لأن ذلك مجتهد فيه و لا كذلك الذمي إذ ليس لنا ولاية الإلزام عليه كما في أكثر