

LA JURISPRUDENCIA Y EL ESTILO DE LOS TRIBUNALES MUSULMANES DE ESPAÑA

Pasa para muchos como cosa definitivamente comprobada el anquilosamiento de la ciencia jurídica musulmana a partir de la tercera o cuarta generación posterior a la de los fundadores de las escuelas; se supone que el *taclid*, el seguimiento de una dirección escolástica determinada, hubo de matar cualquier género de iniciativa científica personal; se toman al pie de la letra las categorías esquemáticas de *mochtahidin*, investigadores, de que hablan los juristas musulmanes, los *alfaquíes*, dándoles un valor histórico. Y no pudiendo, por otra parte, desconocerse el hecho de la evolución de la vida jurídica, en el Islam como en cualquier otro sistema o cultura, se concluye que las obras de Derecho musulmán de *fic*, sobre todo las más recientes, son tan sólo una trama de disquisiciones teóricas, representativas a lo sumo de un ideal de islamismo, en cuyas posibilidades de realización no llegan a creer del todo sus mismos autores.

Un gran investigador, a quien principalmente se debe el que los estudios sobre el Derecho musulmán se hayan encauzado científicamente, Snouck Hurgronje, ha popularizado en el mundo culto la idea del divorcio entre la teoría de los *alfaquíes* y la práctica jurídica de los países islámicos¹. Según él, la ciencia

1 Expuesta esta idea repetidas veces por S. H., por ejemplo, en el artículo *Le Droit Musulman*, publicado en la *Revue de l'Histoire des Religions* y luego en *Verspreide Geschriften*, II, Bonn u. Leipzig, 1923, páginas 302 y sigs., o en sus conferencias sobre *Politique musulmane de la Hollande*, publicadas en *Revue du Monde Musulman*, vol. XIV, págs. 424-

jurídica musulmana tiene un mero valor pedagógico en la gran mayoría de las materias que abarca; el valor práctico le perdieron hace mucho tiempo, si es que alguna vez le tuvieron; "ses enseignements sont, *omnium consensu*, inaplicables, ils n'auraient pu l'être que pendant les années 632 a 661 de notre ère, ou ne pourront l'être qu'au temps du Mahdi futur"².

Estas palabras transcritas, seguramente no reflejan fielmente el pensamiento de Snouck Hurgronje; el momento, el estilo de la conferencia en que fueron pronunciadas y aun la construcción de la cláusula, no aconsejan tomarlas excesivamente al pie de la letra. El gran conocimiento del mundo oriental que posee el insigne investigador holandés le facultaba para hacer destacar con los colores más vivos el hecho de que en él, y en muchas materias, los libros de Derecho son letra muerta; pero ciertamente la afirmación de que en todo el decurso de la historia ha ocurrido lo mismo, no es de las que acostumbra a hacer Snouck Hurgronje sin documentarla sobreabundantemente.

Esto no obstante, en tales palabras se plantea, sea cual sea la opinión personal de su autor, un problema cuya solución es de innegable interés. Las obras jurídicas musulmanas se asemejan a las fuentes legales occidentales, en que, como ellas, aspiran a ser norma de conducta jurídica; debe, pues, respecto a éstas, como se hace respecto a aquéllas, cuando se las hace objeto de un estudio histórico, tratarse de averiguar en qué medida han conseguido esta finalidad. El problema adquiere una mayor significación en países en los que, como en el nuestro, se ha vivido durante siglos en una cultura jurídica musulmana, cuyas posibles influencias en la otra, en la que reputamos desde nuestro punto de vista como la genuinamente española, son aún tema por estudiar. ¿Hasta qué punto el material de obras jurídicas musulmanas, aun redactadas en nuestra patria, es documento utilizable, no ya para apreciar influencias científicas —no muy proba-

32; ha sido aceptada en el *Handbuch des islamischen Gesetzes*, de Th. W. Juynboll, obra devotamente ceñida en todo su desarrollo al pensamiento del maestro. Véase, ed. 1910, Leiden u. Leipzig, págs. 62-6.

² *Verspreide Geschriften*, II, 302.

bles en las épocas en que, en hipótesis, hubieron de producirse— sino las más verosímiles y siempre más fecundas, de roce y contacto de usos y prácticas?

A priori esta pregunta puede tener una contestación, al menos parcial: las mismas obras jurídicas, sobre todo las posteriores, no se desdeñan de recoger este derecho vivido, contrastándole con los principios de que es desarrollo o a los que, más o menos, se opone³. No nos encontramos, pues, tan faltos de hilos conductores en esta posible investigación, ni tenemos por qué relegar este material de obras científicas a los dominios de la mera curiosidad literaria. Para nuestra historia jurídica constituyen un material de valor inapreciable estas abundantes referencias a usos locales o territoriales y a otras manifestaciones de lo que fué el *fic* en la práctica, como son los dictámenes de los jurisconsultos —*fetuas*— y las sentencias judiciales⁴. El trabajo de depuración crítica, y aun, provisionalmente, el de mera recopilación de estos datos dispersos, es de los que urgen inaplazablemente a nuestra investigación nacional. Pero no solamente a la nuestra; la valoración de las referencias aludidas a usos, judiciales o no, dentro de un sistema como el musulmán, suscita una cuestión, no circunscrita al interés de la historia jurídica española: el uso, la jurisprudencia, las *fetuas*, ¿pueden, en buena doctrina jurídica musulmana, considerarse como una fuente

3 Este hecho es reconocido por Santillana en su obra *Istituzioni di Diritto Musulmano Malichita*, I, Roma, 1926, págs. 62-3. Por otra parte, el que esto ocurra en la escuela malequí, sobre todo, nada tiene de particular, ante el precedente de la *Almoata*, inspirada más, quizá, que en el material tradicional, en los usos de la ciudad de Medina. Al revisar este trabajo compruebo, con agrado, que coincido en apreciar las posibilidades de evolución del Derecho musulmán con O. Pesle. Véase su obra *Le Contrat de Safqa au Maroc*. Rabat, 1932, págs. 147 y 8.

4 Omito de propósito los formularios, cuya redacción erudita suscita a primera vista un complejo problema, de cuyo planteamiento me ocupé de pasada en el trabajo *Algunos capítulos del Formulario notarial de Abensalmán de Granada*, en ANUARIO, IV, 325-17. Por resolver aún la cuestión, aunque algún dato aportarán estas páginas que siguen para irlo haciendo, utilizaré alguno de ellos en este trabajo, considerándolos, provisionalmente, mientras del contexto no se deduzca otra cosa, como obras jurídicas corrientes.

jurídica, distinta de las clásicamente reconocidas por tales? Y si no dentro de la doctrina musulmana, ¿lo han sido de hecho? Queda aún el problema histórico del ámbito cronológico y espacial en que el fenómeno se ha producido.

En las páginas que siguen no acometo la cuestión en toda su amplitud; son más bien un avance y al par una insinuación. Aspiran a legitimar un punto de vista provisional del problema y al mismo tiempo a dar una muestra de las posibilidades fecundas de su estudio a fondo ⁵. Me limito, además a la costumbre de los tribunales, considerada en su doble aspecto: de uso propiamente tal —estilo de la curia— y al de la sentencia, como norma de casos similares que puedan producirse —jurisprudencia— ambos elegidos entre los atribuidos a nuestros tribunales españoles.

Cabe figurarse *a priori* el camino recorrido por la sentencia, hasta llegar a conquistar el valor normativo, que acabo de señalar, en casos distintos del por ella resuelto; se le abría la misma estructuración tradicional del *fic*, con su fundamental concepto de la *sunna*; las sentencias judiciales del Profeta no podían menos de considerarse como fuente genuina de revelación; las de sus discípulos inmediatos, como documento precioso para interpretar lo revelado ⁶. Las que emanaron de los grandes doctores debieron gozar del mismo prestigio doctrinal que sus escritos teóricos, de los que había derecho a suponer eran corporeización tangible, o rectificación, de no menor interés, en otro caso.

No es preciso avanzar mucho en nuestra historia musulmana para empezar a encontrar sentencias alegadas en el foro y con éxito: Moavia ben Salih, seguramente antes de ser nombrado juez, hubo de defenderse en juicio contra Jusuf el Fihrí, el último de los valíes, que intentaba reivindicar una esclava, de la que ya Moavia había tenido un hijo; hizo su defensa ale-

⁵ Se trata de una comunicación elaborada rápidamente para la Semana de Historia del Derecho, con las indispensables correcciones y ampliaciones. El estudio aludido en el texto ha de requerir aún bastante tiempo.

⁶ La *Almoata*, en su característica mezcla de datos tradicionales y de usos medineses, contiene una abundante enumeración de sentencias de esta clase en el desordenadísimo libro dedicado a los juicios. Véase ed. Cairo, 1343-1924, II, 199 y sigs.

gando el precedente de una sentencia de Abuzahiría; por cierto forzando la analogía de su caso con el resuelto por el venerable cadí.

Inserta en su *Crónica* Aljoxaní la narración de este litigio, garantida por el recuerdo del mismo y de las personas que en él intervinieron, que se conservaba en Córdoba, y con tal género de detalles, que parece no debe haber ningún escrúpulo en admitirla, pese a lo que de inseguro hay en otros puntos de la biografía de Moavia. Hay que fechar este dato ciertamente antes de 157-773, fecha de la muerte de Moavia, y aun antes de 138-755, en que probablemente murió Yusuf ⁷. Con anterioridad, desde luego, a los primeros tanteos de la escuela malequí en España. ¿Formó, efectivamente, jurisprudencia en España esta sentencia? El texto no es lo suficientemente claro para que se pueda concluir sin vacilaciones en tal sentido.

No es éste el único texto de Aljoxaní que nos revela la importancia doctrinal de las sentencias —en el que se va a exponer no se trata ya de sentencias extranjeras, como en el anterior, sino de españolas—: Elhabib Ahmed ben Mohamed ben Ziyad, nombrado cadí de Córdoba en 291-903, empezó a coleccionar providencias y sentencias para formar con ellas tomos o volúmenes, que pudieran servir de información a los que quisieran estudiarlas ⁸. Comprueba este segundo dato un valor científico de las sentencias no despreciable, aparte de que explica cómo fueron introduciéndose estas sentencias en las obras teóricas, y garantiza, en tesis general, la autenticidad de las referencias a las mismas.

Del valor teórico de la sentencia es ejemplo una famosa de Averroes, dictada en Córdoba en 561-1122, y que, según el Guanxarisi, que es el que nos la ha conservado, causó la mayor emoción en todo el mundo musulmán, por apartarse del sentir tradicional malequí, atribuyendo la venganza del homicidio, y en consecuencia la aportación de la prueba de cojuradores y las

⁷ *Historia de los juces de Córdoba, por Aljoxaní*, ed. y trad. J. Ribera, Madrid, 1914, pág. 46 de la trad. y 37 del texto. Sobre Moavia ben Salih, véase mi estudio *La recepción de la escuela malequí en España*, en ANUARIO, VII, 36-9.

⁸ Aljoxaní-Ribera, 217-8.

participaciones posibles en la indemnización pecuniaria, que por vía de composición puede ser impuesta, no al tutor de los herederos menores de la víctima, sino suspendiendo el fallo del asunto hasta que éstos, llegados a la mayor edad, puedan por sí mismos ejercitar estos derechos⁹.

Pero no es sólo el interés doctrinal lo que acreditó las sentencias; la realidad de cada día iba presentando a los tribunales casos nuevos no previstos por la sutileza de los constructores de sistemas; la solución de los mismos fué recogida en los tratados de *fic* con el mismo esmero que la de otros en que se dirimían discordias teóricas entre los maestros de las escuelas. Ante los cadíes de Toledo se presentaron repetidas demandas contra los explotadores de hornos, que rehusaban prestar sus servicios a algunos de sus convecinos; el principio del libre acuerdo, ni otros complementarios en materia de contratos de arrendamiento, no bastaban para suministrar la solución equitativa de estos conflictos y los cadíes toledanos no tuvieron inconveniente en obligar al hornero a admitir a cocer el pan de cualquier vecino que lo solicitase, mediante el precio que habitualmente recibían de los demás. Esta sentencia, comentada por Abensalmún de Granada, sirvió en España de precedente para casos análogos¹⁰.

Va desapareciendo la autoridad especulativa del doctor que redactó la sentencia; ésta se comenta como jurisprudencia impersonal de tal ciudad, de tal comarca. La autenticidad histórica de la atribución a determinada persona o lugar de una orientación jurisprudencial no podrá ciertamente garantizarse en todo caso; pero el hecho de la introducción en las obras jurídicas de nuevos elementos y soluciones es de toda evidencia, como también su origen judicial.

Un nuevo paso en este camino es la discusión de la jurisprudencia; llega un momento en que la sentencia corrientemente

⁹ *La Pierre de touche des fetwas de Ahmad Al-Wanscharisi*, trad. E. Amar., en *Archives Marocaines*, vol. XII, París, 1908, pág. 284. El cadí aludido, por la fecha de la sentencia, es Averroes el filósofo. La posición normal de la escuela puede verse en Jalil, *Il Muhtasar o somario de Diritto malichita*, trad. Santillana, vol. II, Milano, 1919, págs. 697-8.

¹⁰ *Tratado notarial*, ed. Cairo: en margen a la *Tabsira* de Abenfarjún, 1302-1885, I, 296.

alegada no satisface doctrinalmente al expositor; éste no la rechaza, no la excluye de su obra: la discute. En Abenfarjún se encuentra un caso típico: ante el Juzgado de Córdoba presentó demanda una mujer contra un hombre que había secuestrado a un hijo de ésta; compareció el demandado y declaró que el muchacho secuestrado era hijo de él también y que la demandante era su mujer; ella no negó esto, pero tampoco pudieron probar suficientemente el matrimonio; el juez estimó el hecho como delictivo; consultó a los muftíes y mandó encarcelar al demandado. Y Abenxahl, de cuya obra toma el dato Abenfarjún, se pregunta, verdaderamente extrañado, cómo sería posible que juzgara así aquel cadí y que sus asesores lo consintieran. Debió haber insistido en la prueba del matrimonio, ya que, si no se probaba, habiendo ambos confesado que el hijo era de ellos, no se trataría de un delito de usurpación violenta, por el que el varón debiera ser encarcelado, sino de un caso evidente de fornicación, por el que ambos debieron haber sido sometidos a la pena legal establecida para este delito ¹¹.

Abenmoguit, en su *Formulario* notarial, recuerda una sentencia en un litigio, al que parece no haber sido del todo extraño —tal vez fué el cadí sentenciador—: la huérfana, virgen, es requerida para manifestar su consentimiento matrimonial, interpretándose por tal su silencio. ¿Pero y si, además de no manifestarle expresamente, llora? En Toledo se decidió en un pleito de nulidad de matrimonio, en el que se alegaba este llanto como indicio de un defecto de consentimiento, y conforme a autoridades teóricas respetables, que no había de interpretarse este llanto en tal sentido, “pues el llanto pudiera venir —dice Abenmoguit— de que piense: De vivir mi padre trataríamos más veladamente estas cosas”. Sin embargo, el buen Abenmoguit no se da por completamente convencido de su interpretación, ni menos de la justicia de la sentencia ¹².

Pero no es preciso, aunque no esté demás, buscar compro-

11 *Tabsira*, ed. citada en nota anterior, II, 125-6.

12 Abenmoguit, *Formulario notarial; capítulo del matrimonio*, trad. S. Vila, en ANUARIO, VIII, 82. El original se conserva inédito en el Ms. de la Acad. de la Hist., XLIV bis, colecc. Gayangos. Véase fol. 10 a.

bación detallada al hecho de la inclusión de la jurisprudencia en las obras de *fic*. Abenfarjún se preocupa de él desde un punto de vista de casuística interpretativa: ¿*Quid*, se pregunta, de esas referencias tan frecuentes en los autores notariales y en general en todos los modernos, a los usos, a la práctica judicial y a las *fetuas*?¹³. La respuesta no interesa ya directamente a nuestro asunto; admite tan sólo estos datos como suplemento a las reglas de interpretación, a base del *taclid*, en los casos en que existan dos opiniones teóricas igualmente venerables. De la exactitud de su apreciación respecto al uso que los autores notariales hacen de la jurisprudencia son testimonio elocuente dos de ellos: Abenmoguit de Toledo y Alí ben Yahya ben Alcasim de Algeciras, al hacer resaltar en el mismo prólogo de sus tratados la preferencia que han de conceder a las soluciones consagradas por la jurisprudencia¹⁴.

En la referencia incidental que hace Santillana¹⁵ a estos nuevos elementos vivificadores de la ciencia jurídica musulmana, insinúa, además, una delimitación terminológica: “consuetudine (*urf*) pratica del foro (*amal*)”. Ciertamente no es difícil comprobar el uso de la palabra *amal* en el sentido que le asigna el investigador italiano¹⁶. Como cosa distinta de esta práctica curial

13 *Tabsira*, I, 45-7.

14 Respecto a Abenmoguit, ANUARIO, VIII, 50. Ms. 1 a. Que lo anunciado en el prólogo corresponde al contenido salta a la vista; sólo en el capítulo del matrimonio, que es lo traducido por Vila, alega en 25 lugares la jurisprudencia: págs. 50, 65, 70 (dos veces), 71, 72, 89, 92, 95, 102, 107, 111, 114, 116, 117 (dos veces), 122, 125, 128, 136, 137, 145, 151 y 168.

Abulhasan Alí ben Yahya ben Alcasim, es el autor del tratado notarial conservado en el Ms. V de la Junta para Ampliación de Estudios; el lugar citado en el fol. 1 b. Este jurisconsulto, de origen africano, residió luego en España, en Algeciras, donde murió en 585-1189. Véase *Manuscritos árabes y aljamiados de la Junta*, por J. Ribera y M. Asín, Madrid, 1912, pág. 23. Por no salir del período español omito referencias a obras hoy usuales en el Islam, tituladas genéricamente *amal* o *amaliya*, colecciones de sentencias y usos judiciales.

15 *Istituzioni*, I, 62-3.

16 Nada menos que con Abenalcasim podría decirse que se inicia el uso de la palabra *amal* en el sentido indicado, si la cita de Abensalmún —II, 200— se toma como literal y auténtica, y no se desvirtuara con

se podrían anotar las alegaciones a la jurisprudencia, designadas con diversos circunloquios: "en este sentido se ha sentenciado en tal lugar" o "conforme a lo que corrientemente se sentencia"¹⁷. Pero la precisión de matices no es tanta como podría parecer; encontramos calificado de *amal* no sólo el uso de los tribunales sino cualesquiera otros; en contraposición con ellos se adjetiva de judicial a algunos de estos usos, mientras en otros lugares no se emplea la palabra *amal* para referirse a ellos, sino otra, *ada*, reputada como la más expresiva para calificar el Derecho consuetudinario en general; y aun en otros se opone el *amal* a la jurisprudencia¹⁸.

Dentro de tales fluctuaciones, ¿cabría interpretar la relativa fijeza del término *amal*, en contraposición a otros, como indicio de que el Derecho musulmán conoció, aunque borrosamen-

el empleo de la misma palabra en otros sentidos, refiriéndose a usos no procesales, como se ha de ver en las notas siguientes.

Como mero ejemplo, comprobatorio de lo que en el texto se dice, ya que las referencias podrían aumentarse indefinidamente, basten las siguientes: *Tabsira*, I, 293-5 y 7. Abenasim de Granada: *La Tohfát d'ebn Acem*, ed. y trad. Houdas y Martell, Alger, 1882, págs. 35 y 57. Abensalmún, II, 208. Tasulí, *Comentario a la Tohfa*, ed. Cairo 1344-1925, I, 100 y las *Glosas* a la misma del Tagulí, editadas al margen del anterior comentario, I, 52, 99, etc.

17 Ejemplo de la primera fórmula, Abensalmún, I, 296 y 300, la segunda es la usual en Abenmoguit, apuntada ya en el prólogo, trad. Vila, ANUARIO, VIII, 50, ms., fol. 1 a.

18 En las rúbricas de la *Almoata* se emplea la palabra *amal* invariablemente en el sentido de uso, sin distinguir los generales de los curiales, por ejemplo: I, 39, 60, 62, 65, 76, etc. (edic. Cairo, 1343-1924). Pero cabe preguntar: ¿a quién han de atribuirse estas rúbricas? El texto, que parece revelar el modo de expresarse de Malic, utiliza para expresar la misma idea, bien la palabra *sunna*, o bien el circunloquio "la cosa entre nosotros es así". ¿Serán las rúbricas del redactor de esta re-
censión, el español Yahya ben Yahya? ¿Tal vez posteriores?

Amal, como derecho consuetudinario en general, se encuentra con tanta frecuencia como en el sentido expresado en nota 16; por ejemplo, *Tabsira*, I, 46-7, adjetivado de judicial; *ibid.*, 45.

Ada, adjetivado de judicial, también en *Tabsira*, I, 297. Sobre el valor y usos de este término véase Juynboll, *Handbuch des islamischen Gesetzes*, 62-5.

Amal, opuesto a jurisprudencia en *Tabsira*, II, 255.

te, una diferencia entre las sentencias, que pasan en autoridad de jurisprudencia y los *estilos* curiales? Aun desde nuestro punto de vista es esto poco factible, dada la frecuencia con que el instrumento de fijación de la práctica curial son las sentencias; insinuación evidente de ello es nuestra frondosa jurisprudencia procesal, suponiéndola trasplantada a un sistema carente de rito legislado. Dejaré como mera posibilidad, por de pronto, este aspecto, no exento de interés, aceptando como usos judiciales, *estilos*, aquellas normas, introducidas tan sólo por la práctica, o bien confirmadas por sentencias —cosa no muy factible en un proceso de única instancia y sin recursos, a lo menos ordinarios— de contenido directa o indirectamente procesal, y prescindiendo de las insinuaciones del tecnicismo, no ciertamente despreciable, pero de un valor limitadísimo de orientación.

Claro es que la línea divisoria entre lo procesal y lo no procesal no es de tal manera precisa tampoco que el criterio sentado resulte en absoluto definitivo. La discusión no cancelada hoy desde el punto de vista teórico, ni aun desde el práctico, sobre ciertas instituciones: acción, prueba, por ejemplo, sugiere la dificultad que para estas precisiones ofrecerá un sistema mucho menos elaborado que los que hoy son presupuesto de las diversas posiciones. Esto aparte de la repercusión que siempre puede tener una forma procesal en el Derecho por ella especialmente garantido, mucho mayor en la técnica musulmana, uno de cuyos objetivos más salientes en casi todas sus instituciones es la regulación de la carga de la prueba.

Veamos algunas de estas situaciones intermedias:

Hasta qué punto la buena fe precisa para que se consolide la posesión y tenga lugar la prescripción adquisitiva de propiedad puede presumirse, es cuestión resuelta por la escuela malequí con gran amplitud¹⁹; la buena fe ha de presumirse, salvo prueba en contrario. Pero en España se introduce el uso procesal de obligar al poseedor a confirmar la existencia de su buena fe mediante juramento²⁰.

La responsabilidad del depositario por el depósito no llega,

19 Véase Santillana, *Istituzioni*, I, 273.

20 *Ibid.*, 278, con los textos utilizados

ciertamente, a los casos en que éste se pierde sin culpa suya. Alegando que la cosa se perdió por caso fortuito, ¿basta que jure que había procedido con la debida diligencia? En España se exigía prueba del caso fortuito y de que en él precisamente pereció la cosa ²¹.

Solución semejante se adoptó respecto a la responsabilidad del artesano por los materiales a él encomendados para transformarlos, en el contrato de arrendamiento de obra. El caso es previsto por Abensalmún como consecuencia de otro corrientemente tratado por los juristas musulmanes ²². Cuando un artesano toma a jornal un obrero y se pierde la cosa a ellos confiada y en la que habían de trabajar, ¿contrae alguna responsabilidad el obrero? No, ciertamente, conforme a la buena doctrina malequí. Pero respecto al artesano, a quien propiamente se encargó el trabajo, la cosa no es tan clara: se planteó en Córdoba la cuestión, en tiempos de Abenaimán, m. 330-491 ²³, en un caso en el que a un artesano se le quemó el taller. Abenaimán condicionaba tan sólo su exención de responsabilidad a que jurara que las mercancías se encontraban en su taller cuando se quemó. La resolución judicial se apoyó en otros fundamentos: era preciso suministrar prueba fehaciente de que se quemaron precisamente los materiales que tenía en su poder el artesano ²⁴.

Dentro de las posibilidades de actuación del uso curial, sin invadir directamente la esfera del derecho substantivo, aunque dándole las máximas garantías de actuación, se puede considerar un caso de desplazamiento de una actuación judicial; se trata del *taachis*, solemnidad preclusiva, mediante la cual el cadí pone fin a la práctica de la prueba de cada una de las partes, concediéndoles un último y definitivo plazo para alegar la que pueda restar ²⁵; de adelantar esta diligencia puede surgir un procedi-

²¹ Guanxarisi-Amar, *Archives Maroc.*, XII, 498. La teoría corriente de la responsabilidad en Jalil-Santillana, II, 407, sobre todo la nota 4.

²² Por ejemplo: Jalil-Santillana, II, 517.

²³ Sobre este personaje, véase *Recepción de la escuela malequí*, ANUARIO, VII, 115-6.

²⁴ Abensalmún, I, 300.

²⁵ Considero como complementarios los dos ritos del *idar*, o pre-

amiento sumario aptísimo para llenar un fin de urgencia, como el de la demanda de obra nueva. Abenlobaba le describe de la siguiente manera: "La práctica de Córdoba, cuando alguno emprende una obra de la que pueda derivar daño para otro, por ejemplo, un horno, en que el actor presente demanda, llevando ante el juez al mismo tiempo testigos idóneos; si entre ellos hay por lo menos dos acreditados de tales ante el juez —*adules*—, se concede un plazo al demandado para alegar en contestación y probar lo que sea oportuno; si no lo hace satisfactoriamente, queda obligado a hacer desaparecer el daño, aun demoliendo la obra, si es preciso ²⁶.

La extensión de este procedimiento hubo de ser grande, dado el concepto español de los daños, germen de la doctrina de las servidumbres prediales. Una especial jurisprudencia, originada en Toledo y difundida luego por toda España, reputa como perjudiciales, perturbadoras de la pacífica posesión de los que tengan en cierto radio propiedades, las industrias ruidosas (fraguas, carpinterías, etc.), atribuyendo a estos propietarios el derecho a evitar que se establezcan tales talleres ²⁷.

Se conservan en estas referencias a usos judiciales datos tan interesantes como el que recuerda el Guanxarisi, tomándole de Abenabirrabihí.

En Córdoba, en las demandas entre judíos, cuando uno de los litigantes acudía a los tribunales musulmanes, pretendiendo

gunta solemne, sobre la prueba que pueda quedar por realizar, y este del *taachiz*, propiamente tal; sobre ambos puede verse Jalil-Santillana, II, 604. Luego se verá cómo alrededor de la oportunidad del *idar* en determinadas clases de litigios, se resuelven también cuestiones de importancia, al parecer ajenas a la institución.

²⁶ Santillana, *Istituzioni*, I, 268.

²⁷ *Ibid.*, 267. No obstante, se dió en Córdoba, respecto a los hornos, un precedente sentado por el juez Soleimán ben Asuad, hombre amigo del *istihsan* —equidad— (Aljoxaní, ed. Ribera, pág. 137 del texto), consistente en obligar al hornero a elevar la chimenea de suerte que el humo no molestara a los vecinos. Aljoxaní reputa esta decisión como uno de los casos característicos de *istihsan*. Véase *ibid.*, págs. 137-8 del texto y 169-70 de la traducción.

el otro que fueran los de su confesión los que decidiesen, se optaba por remitir el proceso a los tribunales judíos²⁸.

Otro uso judicial, alegado por Abenmoguit²⁹, nos instruye acerca de ciertos criterios de valoración de prueba. En el caso de que diversas personas se crean con derecho a ejercer el valiazgo —tutela matrimonial— de la mujer, si el de parentesco más lejano concluye el matrimonio, y los más próximos, después de consumado éste, pretenden anularle, alegando que el marido con quien casó a su pupila no se encuentra en las condiciones de paridad con ésta —social, religiosa y económica— que la ley requiere: presentada la prueba por ambas partes, si es de más valor por una que por otra, conforme a ella se decidirá; pero si se equilibran, el juez resolverá libremente. No es, pues, válido en esta materia el principio de *actore non probante...*; aunque en el fondo lo que puede ocurrir es que la situación posesoria que supone el derecho musulmán como protegible, salvo argumentos que la desvirtúen, no se da aquí claramente, ya que parece por un lado evidente el mejor derecho de los valies preteridos, mientras que por el otro la consumación del matrimonio da a éste una especial firmeza; el litigio se plantea evidentemente sobre un tema secundario, que no obstante puede ser decisivo, si aparece claramente probado; de no ser así queda el juez ante la complejidad del primer problema, agravada por la desigualdad; en tal caso se dejaba en España al juez en el caso de buscar en su sentido de lo equitativo el camino de la solución.

En casos tiene el uso judicial alegado hasta el valor preciso local, contrapuesto a otros. Abenxahl³⁰ confronta los usos que *ha visto* en Córdoba y en Sevilla; en la primera de estas curias los testigos —notarios— al autenticar, mediante un acta, testimonios, orales o escritos, más bien esto último, anteriores en bastante tiempo, no solían poner la fecha de esta dación de fe. En cambio sí fechaban los sevillanos.

²⁸ Wanscharisi-Amar, *Archives Marocaines*, XII, 482. El Abenabderrabili parece que no es el autor del famoso *Libro del Collar* sino un jurista cordobés que murió hacia el 430-1038.

²⁹ Trad. Vila: ANUARIO, VIII, pág. 70.

³⁰ El texto de Abenxahl, reproducido, al parecer literalmente, en *Tabsira*, I, 293.

Este uso, en el que se supone como ambiente un extraordinario desarrollo de la documentación procesal, ya que los testimonios parecen en absoluto significar actas, requiere como explicación lo que es objeto, si no principal, al menos muy importante, de este estudio. Me han parecido, en efecto, tener particular interés, entre los numerosísimos usos judiciales españoles que se encuentran aducidos en las obras de *fic*, los relativos a la forma escrita, que el proceso musulmán va adoptando poco a poco. Por otra parte, concretado ya el estudio a este tema en particular, a más de poder servir de comprobación al aserto que le sirve de tesis, podrá contribuir a esclarecer este interesante aspecto de nuestro proceso, y aún remediará parcialmente la fatiga de la alegación de datos, de que no es fácil prescindir.

Al hablar de forma escrita no intento plantear el problema de si el proceso en el Islam ha sido o llegado a ser un proceso escrito en el sentido técnico de la palabra; de si en él, principalmente en nuestra época española, llegaron a constituir los escritos de las partes y la documentación judicial los materiales sobre los que exclusivamente había de recaer la sentencia —“*quod non est in actis non est in mundo*”—, al modo como ocurrió, por ejemplo, en el proceso romano-canónico³¹, celosamente conservado por nuestra ley de Enjuiciamiento civil. A pesar de la preponderancia de los escritos en el actual proceso norteafricano, no exento ciertamente de influencias europeas, sobre todo en los territorios poseídos o protegidos por Francia, no sería prudente pronunciarse en un sentido resueltamente decidido sobre el particular³². Mucho menos lo sería respecto a nuestra época española, de la que si bien no faltan datos, no llegan, como es de suponer, a los que del proceso marroquí, por ejemplo, se pueden manejar.

³¹ Véase Salvioli: *Storia della procedura civile e criminale* en la *Storia del Diritto Italiano* de del Giudice, Milano, 1927, vol. III, parte 2.^a, págs. 232-5.

³² Acerca del proceso marroquí, Vasel, *Über marokkanische Prozesspraxis*, en *Mitt. des Sem. für orient. Sprachen zu Berlin*, 1902. Respecto al mismo tema sugiere observaciones concordantes con el trabajo de Vasel la lectura de los formularios usuales de redacción europeizante, por ejemplo, el de Giraud, *Jurisprudence et procedure musulmanes*, Casablanca, 1925.

Con todo, tampoco intento presentar el problema como insoluble, ni mucho menos, y aún he de hacer, de pasada, alguna insinuación utilizable para, si con más datos, fuera viable abordarle.

Punto de partida, no sólo de oralidad como sistema sino como práctica exclusiva, ofrece la justicia patriarcal, del Profeta como de los primeros califas³³. Aún conserva esta impresión la supuesta carta de Omar a un cadí, documento de gran antigüedad, ciertamente, aunque lo preciso del tecnicismo no autorice a suponerla tanta como le atribuyeron los que le aceptaron como auténtico³⁴.

En la primera literatura malequí se va notando la transición. La *Almoata*, prescindiendo de su aspecto de colección de jadicés, en el que es documento de la justicia patriarcal; aun en lo que refleja el uso medinés, nos muestra un proceso de extraordinaria sencillez. La sistemática es además rudimentaria en extremo; en el libro de los juicios estudia conjuntamente las diversas soluciones que a las distintas clases de litigios ha de dar el juez³⁵, sin

33 Este carácter de patriarcalidad, extendido a la administración de justicia, se detalla con colorido, a base de narraciones de buena antigüedad, en Kremer: *Geschichte der Herrschenden Ideen des Islams*, Leipzig, 1868, págs. 318 y siguientes.

34 Editada y traducida por Margoliouth: *Omar's Instructions to the kadi*, en *Journal of the Roy. Asiat. Socyety*, 1910, págs 307-26. Es raro el tratado procesal en que no se la incluye. En la *Tabaira*, I, 20, al hacer su encomio nos da un dato Abenfarjún, mediante el cual podemos adelantar un poco el término *ad quem*, que para su redacción fija Margoliouth —255-869, ya que, según tal referencia, había sido esta famosa carta utilizada en sus escritos por nuestro Abenhabib, m. 238-852. Véase *Recepción de la Escuela malequí*, ANUARIO, VII, 86.

35 Al hablar de la *Almoata*, me refiero a la recensión Yahya ben Yahya, fechable como obra de Malic antes de su muerte, 179-795, y en aspecto de mera redacción, muy próximamente antes de esta fecha, si son verdaderos los datos de los historiadores que nos relatan los viajes de Yahya a confrontar sus manuscritos con Malic; en cualquier caso, antes de la muerte de Yahya mismo, 234-849. Pero dada la existencia de la multitud de recensiones de la *Almoata*, que se conservan o a lo menos que se mencionan, es de suponer la existencia de un fondo común, oral al parecer, pero suficientemente fijo, atribuible a Malic; debe, en consecuencia, considerarse esta obra, y un examen interno de la misma lo corrobora, como índice de la mentalidad jurídica medinense en la mitad del siglo II. Véase *Recepción...* en ANUARIO, VII, 70 y sigs., y el ar-

omitir por ello, en algunos otros tratados, un capítulo final tratando de los litigios que sobre el asunto se pueden presentar ³⁶.

En cambio la *Almodaguana* ³⁷, en lo que por ahora nos interesa, insinúa ya la existencia de un *divan* o registro judicial; admite como prueba el acto escrito en que consta la confesión de una de las partes, y se preocupa de las comisiones rogatorias de cadí a cadí, suponiéndolas hechas por escrito ³⁸. Aunque no se plantean todavía problemas como los que pronto apasionaron a nuestros malequíes españoles. Por otra parte, se ve suficientemente claro el carácter oral del testimonio, aun en el caso, antes comentado, de que un testimonio anterior haya de ser utilizado en juicio por referencia de nuevos testigos ³⁹.

De esta época, afortunadamente, empezamos a tener datos españoles, en la *Crónica* de Aljoxaní, mucho más elocuentes que las alusiones o citas de las obras doctrinales; estos datos se han de colocar entre mediados del siglo II y principios del IV, sin grandes precisiones dentro de tales límites ⁴⁰. Ciertamente en algunos casos da Aljoxaní, para fechar la iniciación de alguna nueva práctica, una data concreta; en otros puede servir de orientación la persona del cadí a que se atribuye; pero en muchos cabe la sospecha de que el autor refleja más bien su concepto jurídico, o la mentalidad de su época, que los que pudieron dominar en el momento de Schacht: *Malic ben Anas* en *Encyclopedie de l'Islam*, III, 200-21.

En el libro aludido en el texto la materia procesal propiamente se limitaría a II, 200-2, exposición del *usus* medinés sobre prueba testifical y juramentos, totalmente oral, sin que aparezca rastro ninguno que deje sospechar documentación.

³⁶ Por ejemplo, II, 179; II, 132.

³⁷ Redacción definitiva de las enseñanzas de Abenalcasim, m. 191-806, por Sahnún, m. 240-858. Esta obra, redactada en la forma definitiva después de la muerte de Abenalcasim, recoge la interpretación de Abenalcasim a las enseñanzas de Malic, sin excluir las apreciaciones del mismo Sahnún y encuadra perfectamente en el pensamiento jurídico de la escuela en los principios del siglo III. Véase Brockelmann: *Geschichte der arabischen Litteratur*, I. Weimar, 1898, 177.

³⁸ *Almodaguana*, ed. Cairo, 1323-1905, vol. XIII, págs. 145-6.

³⁹ *Almodaguana*, XIII, 9-11.

⁴⁰ Concretamente entre el cadiazgo de Tarif el Yahsobí, m. antes del 157-773. Véase *Recepción de la Escuela malequí*, ANUARIO, VII, página 40, y el de Ahmed ben Baquí, m. 324-935; *ibid.*, 117.

mentos de los hechos que refiere; aun retrotrayendo la información al momento en que se redactó la obra, cuando Alhaquem II era aún príncipe heredero, nos encontramos aún a primeros del siglo IV, antigüedad nada despreciable.

Lo lejos que estaba ya de la época patriarcal nuestro juzgado cordobés se comprueba en la mera descripción de la manera de ir al juzgado Amer ben Abdala, algo después del 250-864, acompañado de quien le llevara los documentos ⁴¹. Ya antes se recuerda de Mohamed ben Baxir m. 198-813 ⁴², que acostumbraba a escribir de su propia mano “la mayor parte de lo que tenía que escribirse”, al parecer no poco.

Procesos totalmente escritos eran aquellos cuya sentencia se reservaba al Príncipe como los entablados contra los jueces —especie de juicio de residencia— y los de herejía. En ellos se recogía por un juez instructor la información de testigos, cuyas declaraciones constaban en las correspondientes actas, y luego el sumario concluso, se elevaba al soberano, que requería dictámenes, también escritos, a los *mufties* (consejeros oficiales de los cadíes), y terminaban con sentencia, de la cual el mismo soberano dictaba la minuta ⁴³.

El informe —*fetua*— escrito parece se hizo obligatorio en todo caso, y precisamente de puño y letra del *muftí*, desde 219-903, y no —como tal vez sucediera antes— por relación del mismo juez o secretario ⁴⁴.

La sentencia se menciona siempre como acto escrito, autenticado con la firma de testigos, y al parecer registrado en el *divan* o protocolo judicial ⁴⁵. Alhaquem I, contrariado por una sentencia dictada contra sus recomendaciones por el cadí Almosab ben Imran, se lamenta de su miserable condición al tener que tolerar que “la pluma del juez le pegue en el rostro ⁴⁶”.

⁴¹ Aljoxaní-Ribera 147. Las páginas se refieren a la traducción; cuando excepcionalmente me refiero al texto lo hago constar expresamente.

⁴² *Recepción de la Escuela malequí*, ANUARIO, VII, 60. El texto de Aljoxaní, pág. 67.

⁴³ Aljoxaní-Ribera, 103, 128 y 163-4.

⁴⁴ *Ibid.*, 217.

⁴⁵ *Ibid.*, 53, 54, 66 y 146.

⁴⁶ *Ibid.*, 60.

A base del documento escrito se lleva a ejecución, después de mucho tiempo pasado, una sentencia ⁴⁷.

De otras actuaciones judiciales de menos monta llevadas también por escrito conservamos asimismo recuerdo por Aljoxaní. El turno de los negocios se hacía por sorteo, mediante papeletas, en las que se escribía el nombre de los litigantes y que se extraían de una bolsa, en que previamente se habían insaculado ⁴⁸ y esto por lo menos desde Mohamed ben Baxir. Este mismo juez hacía que el secretario tomara nota de las personas a quienes se entregaba el sello judicial para, mediante él, hacer comparecer al demandado, así como de los datos personales y domicilio de este segundo ⁴⁹.

De estas actuaciones judiciales, como ya se ha insinuado, se formaba un *divan* o protocolo, y andando el tiempo archivo, cuya entrega simbolizaba la toma de posesión del cargo de cadí y del que se incautaba la autoridad cuando el Juzgado quedaba vacante ⁵⁰. En estos registros no dejaron de hacerse falsificaciones, que acarrearán no pequeños trastornos, indicio de la importancia que esta documentación tenía. Aunque, frecuentemente, a lo que se alude al hablar de estos fraudes es, no al archivo judicial, sino a los que los jueces llevaban, en su calidad de administradores de *habuses* —fundaciones piadosas— o de bienes de huérfanos, en tutela del cadí.

De actuaciones típicamente orales que insensiblemente se van transformando en orales, como después lo demuestran los formularios notariales, no faltan datos en Aljoxaní; así vemos que el juramento, por el que se garantiza la honorabilidad de las personas que pueden ser admitidas como testigos, se hace mediante acta, redactada por el secretario; ante Mohamed ben Baxir se hacía una de estas informaciones, mostrándose un tanto reacios

47 Aljoxaní-Ribera, 106.

48 Ibid., 68, 117, 147. Abenalcasim de Algeciras, en su *Formulario notarial*, Ms. V de la Junta para Ampliación de Estudios, fol. 118 a., entre las obligaciones del juez para ordenar las audiencias, le impone la de tomar nota de los nombres de los litigantes que comparecen ante él, pero deja a su libre elección el designar el orden en el que han de actuar. El turno por sorteo se recomienda en Jalil-Santillana, II, 600.

49 Aljoxaní-Ribera, texto árabe, 55.

50 Aljoxaní-Ribera, 139, 143, 174, 176, 178 y 215.

los garantes del testigo a prestar juramento. "No escribas hasta que realmente juren", ordena el cadí a su secretario ⁵¹.

El después tan debatido asunto de la demanda escrita y traslado de su copia al demandado parece que se resolvía en Córdoba con un criterio de obligatoriedad normal, que luego hemos de ver alegar como uso en apoyo de determinada opinión teórica. Un personaje a quien el juez Mohamed ben Ziyad (m. después del 240-854) transmitió oralmente noticia de una demanda, presentada contra él, se creyó en el caso de quejarse al Emir porque se había quebrantado respecto a él la práctica de notificársela enviándole copia de la misma. El Emir ordenó al juez que lo hiciera así, y éste hubo de alegar para excusarse ante el soberano y mantener su criterio las graves razones en que se apoyaba ⁵².

Otra cuestión discutida, aunque desde el particular punto de vista que luego se ha de exponer, es la de la prueba escrita; en la discusión se aducen precedentes españoles, que entroncan con lo que recuerda Aljoxaní. Son concretamente dos los lugares en que a esto se refiere nuestra Crónica: el primero fechable poco después del 250-864 ⁵³ y el segundo algún tiempo después ⁵⁴. En ambos lugares parece que se contiene la narración de un solo hecho, atribuido por diversos transmisores a dos distintas personas; ambas narraciones se aducen como ejemplos de la mansedumbre de los respectivos jueces, que toleran a un litigante, requerido para que presente un documento, que lo arroje violentamente al rostro al magistrado. Lo singular es que en las dos aparece éste obligando al litigante a exhibir el documento, resistiéndose a hacerlo el tal litigante; ¿se trataría de documentos de que a él le viniera perjuicio, por ejemplo, acta de confesión extrajudicial o algún otro por el estilo? Esto parece lo verosímil, aunque nada dice sobre el particular Aljoxaní.

Quizá de más peso que estos —o este— datos es la insinuación de la dilatadísima práctica notarial de estos tiempos que

51 Aljoxaní-Ribera, 77.

52 Ibid., 125. Sobre Mohamed ben Ziyad, *Recepción de la Escuela malequí*, ANUARIO, 79.

53 Aljoxaní-Ribera, 150.

54 Ibid., 200.

ofrece nuestra Crónica y confirman los diccionarios biográficos. Alfaradi, por ejemplo, con la abundantísima lista de alfarquies, que conserva, que desempeñaron cargo notarial, o que eran peritos en estas materias ⁵⁵.

Aljoxaní, además de dar como cosa natural la existencia de notarios, suministra detalles de interés acerca de las relaciones de éstos con el cadí. Antes de 260-873, el juez Soleimán ben Asuad reputa como deber suyo ineludible castigar a Abenelmolón, notario tramposo y enredador que florecía por aquellos tiempos y que, al saber que el juez se había percatado de sus artes, se apresura a buscar la protección de los personajes más influyentes en la Corte ⁵⁶. La inspección judicial pesando sobre los notarios se deja ver en otros lugares ⁵⁷, ya ejercida en persona por el juez, ya delegada en otras personas de su confianza. Ello nada tiene de particular, teniendo en cuenta que la habilitación oficial de los notarios no era en el fondo otra cosa que su reconocimiento como personas honorables —*adules*— cuyo testimonio era aceptable en juicio ⁵⁸.

De singular interés es la narración de Ahmed ben Abdala el Roainí, recogida directamente por Aljoxaní, en la que se detalla la actividad notarial del cadí, a la que, como se ha de ver, no faltan luego alusiones.

Se aduce para justificar una apreciación general previamente sentada: "Ahmed ben Baquí era hombre que poseía instinto crítico y sagacidad especial en materia de redacción de contratos. *No ponía su firma para autorizar ningún documento a menos que lo leyera íntegramente*" ⁵⁹. Por lo que cuenta el Roainí, él

⁵⁵ *Historia virorum doctorum Andalusiae*, ed. Codera, tomos VII y VIII de su *Bibliotheca Arabico-Hispana*, biografías, por ejemplo, 714, 718, 723, 745, 1229, 1231, 1248, 1250, 1281, 1338, 1341, 1343, 1345, 1346, 1348, 1350, 1356, 1377, etc.

⁵⁶ Aljoxaní-Ribera, 166-7. Véase también 175 para el límite cronológico apuntado. De notarios poco honorables habla también Alfaradi, por ejemplo, biografía, 673.

⁵⁷ Aljoxaní-Ribera, 196, 245.

⁵⁸ Véanse algunos datos acerca del notariado musulmán en mi trabajo *Algunos capítulos del Formulario notarial de Abensalmún de Granada*, ANUARIO, IV, 319-23.

⁵⁹ Aljoxaní-Ribera, 245.

había redactado una escritura en la que se contenía, al parecer, una confesión de deuda a su favor; en ella —es el interés anecdótico de la narración para Aljoxaní— había una cláusula que podía originar dificultades. Presentada la escritura al juez, y presente el deudor, el juez lee y tropieza con la cláusula escabrosa; reflexiona un rato y da con la fórmula de solución. “¿De lo que tengo que dar fe —pregunta al deudor— es de que tú tienes tal cantidad, que es propiedad de fulano, y que has de devolverla en tal plazo?” Ante la confesión del deudor, “escribió su testimonio sobre estas palabras, no sobre las demás” ⁶⁰.

De los textos, que luego he de comentar, acerca de esta materia, ninguno tiene la precisión y claridad que éste; sin él, confieso que difícilmente me hubiera orientado en este tan interesante cuanto inexplorado rincón de nuestros usos curiales. Evidentemente nos muestra al cadí, en funciones de tal, preparando un verdadero testimonio judicial sobre un documento, que ha de adquirir por este medio un valor especialísimo. Sin duda por ello los Emires cuidaban de hacer autorizar sus documentos judicialmente ⁶¹.

El procedimiento de autenticación, como se ve, tiene analogías —que conviene anotar para formarse del mismo una idea lo más clara posible— con el longobardo para obtener testimonio judicial y con el franco para confirmación de escrituras, estudiados por Brunner ⁶², productos todos de la aspiración natural de los litigantes a disponer de prueba preconstituída, en estos momentos, paralelos, de transformación de procesos primitivos,

⁶⁰ Aljoxaní, texto, 197-8. Traducción 246.

⁶¹ Aljoxaní-Ribera, 171-2. ¿Qué clase de documentos eran éstos? El texto, pág. 138, tampoco lo esclarece; usa la palabra general *كتب*, no otras, que en sentido más técnico designan los documentos de contenido de orden privado. Cabría que se tratara de documentos administrativos, aunque en estos casos eran autorizados, con toda solemnidad, por la Cancillería. La conservación de la práctica de la autenticación judicial en Marruecos se consigna en Vassel, *Über marokkanische Prozessproxis*, 177.

⁶² Brunner, *Das Gerichtszugnis und die fränkische Königsurkunde*, en *Festgabe für Heffter*, 1873, págs. 142 y sigs., y *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. II, 2.^a ed., por Schwerin, 1928, págs. 531-2 y 688-9.

producida en un ambiente de economía que empiezan a sentir la necesidad de bases de seguridad jurídica.

En este marco, dibujado tal vez con alguna mayor amplitud que la que lo que va a encuadrar exige, se pueden ahora ir exponiendo los datos que, en forma de alegaciones al uso judicial, van acumulando los juristas posteriores en sus contiendas sobre detalles dudosos del rito procesal. Servirá, además, de comprobación de esta especial argumentación y sobre todo de base cronológica firme, aun cuando no sea más que extremándola hasta principios del siglo iv. No es ello poco teniendo que manejar un material en el que el sentido ahistórico de los alfaquíes baraja nombres y sucesos separados por siglos, enfrentándolos en un diálogo de actualidad intemporal.

Ante lo impreciso de la referencia, más aún ante la inseguridad de la atribución de los datos a personas o épocas determinadas, y faltando en algunos períodos jalones seguros de obras en ellos redactadas, será preciso por ahora renunciar a buscar la línea de la evolución de una institución determinada. Aun cuando sea factible colocar cronológicamente una serie de datos, hay que advertir previamente que en los pocos casos en que a esto se llegue tampoco hay que tomar muy al pie de la letra la ordenación, ni aventurarse a construcciones históricas sin más que esta base.

Fuera de esta serie inconcreta merece colocarse, como otro de los puntos sólidos de referencia, la fórmula de sentencia en un litigio matrimonial que incluye Abenmoguít en su *Tratado notarial*. Este singular documento se encuentra un tanto desplazado, sin relación con el contexto, constituyendo, con sus comentarios, un a modo de apéndice al libro del matrimonio, antes de empezar el del repudio⁶³. Más que fórmula general aplicable a cualquier litigio parece un caso real; en él, el demandante que ha aportado prueba insuficiente del pretendido matrimonio, no obstante la inactividad de la demandada, y sin llegar a exigir a ésta juramento el cadí, ve rechazada su demanda. Parece como si

63 Termina este capítulo adicional en el Ms., fol. 25 a, con el colofón, que bien pudiera haber sido el que separa el capítulo anterior, del libro, que a continuación empieza: "Termina el Libro del Matrimonio. Sea Alah alabado, y empieza el del Repudio."

se tratara de un documento copiado del archivo judicial y que por su valor didáctico insertó Abenmoguit, sin preocuparse mucho de hacerle un hueco apropiado en la sistemática de su tratado. Puede considerársele, pues, más que como fórmula, como una sentencia propiamente tal, datable antes de 459-1066, fecha de la muerte de Abenmoguit⁶⁴.

La sentencia contiene, en calidad de antecedentes, la relación detallada de lo ocurrido en el proceso: la comparecencia de demandante y demandada, sus afirmaciones, las pruebas que aportaron, los plazos que les fueron concedidos, con el aditamento de que para el vencimiento de los mismos se suministraba fianza de comparecer, etc.

La particularidad más saliente de la fórmula o sentencia es que deja ver que respecto a cada diligencia, coincidente al parecer con cada día de sesión del tribunal, se hace constar expresamente su documentación, con dación de fe y el concepto jurídico que lo actuado ha merecido del juez⁶⁵.

A continuación de este resumen de lo actuado —algo así como nuestros *resultandos*— hace constar el cadí que ha pedido su dictamen —*fetua*—, a los *muftíes*⁶⁶, *fetua* que incluye literalmente en la sentencia; finalmente, acogiendo como buena la doctrina en ella contenida, falla con arreglo a la misma.

El valor de este documento, como testimonio de lo que realmente se practicaba en los Tribunales, parece, además, sólidamente comprobado por los comentarios con que le explica Abenmo-

64 S. Vila, *Abenmoguit*, ANUARIO, VIII, pág. 6; el texto comentado, págs. 128-31, en el Ms. 24 a, 25 a.

65 “Que ambas afirmaciones están debidamente garantidas ante el juez por los testigos...”; “el testigo fulano requiere testimonio de todos ellos, teniendo lugar la prestación del suyo en tal fecha”... “El cadí acepta el testimonio...”, pág. 128 a.

66 Nótese que, como insinúa Aljoxaní —trad. Ribera, pág. 101—, las *fetuas* son efectivamente pedidas por el cadí; el *muftí* es un auxiliar técnico del juez. Aún se está a distancia considerable de la deformación de las *fetuas* en alegatos de abogado, aducidas por los litigantes para atraer al juez a su punto de vista jurídico, como acontece en el proceso marroquí. Véase Vasel, *Marokkanische Prozesspraxis*, 183-4, y aún más plásticamente en el Formulario de Giraud *Jurisprudence et Procedure musulmanes*, págs. 238 y 241, en que uno de los litigantes presenta trece *fetuas*, y el otro, en contra doce, pág. 243.

guit, que tienen, por otra parte, el interés de avanzarle a una bastante mayor antigüedad.

Ya los antiguos cadíes de Córdoba hacían constar en sus sentencias la regularidad procesal de las afirmaciones de las partes y la firmeza que a las mismas atribuían, dándoles por vinculadas por las mismas ⁶⁷; pero la fórmula empleada, sigue diciendo Abenmoguit, era un tanto imprecisa en un principio, ya que no especificaba quién fuera el afirmante ni quién el que negaba; esto ocurrió hasta que fué nombrado cadí Ahmed ben Baquí, el cual diferenció ya debidamente, en la fórmula judicial de documentación, las posiciones de las dos partes; en conformidad con este proceder siguieron luego los sucesores de Ahmed y tal es el uso ahora ⁶⁸. Pero no limita a esta observación, de importancia doctrinal suficiente para justificar que se detenga en ella, sus comentarios; el estilo de sentencia debía de estar de tal manera fijado, que hasta cree deber recordar qué partes de la sentencia eran escritas por el secretario y cuáles se reservaba para estamparlas de su puño y letra el mismo cadí; el pasaje que en tiempos de Abenmoguit, siguiendo la tradición cordobesa iniciada por Almondir ben Said, requería ser escrito por el mismo juez, era la autenticación final ⁶⁹.

La continuidad del formulario señalado no es difícil luego de comprobar en tratados notariales y procesales posteriores; por su mayor coincidencia baste señalar el Formulario de Abenalcasim de Algeciras ⁷⁰.

⁶⁷ Extremo éste de importancia en España, según Abuishac de Granada. Véase *Recepción de la Escuela malequí*, ANUARIO, VII, 166. Abensalmún se refiere también, tratando de la cuestión, a la Escuela cordobesa, Formulario, II, 196.

⁶⁸ S. Vila, *Abenmoguit*, ANUARIO, VIII, 130. Véase, sobre Ahmed ben Baquí, más arriba, nota 40.

⁶⁹ El mismo dato que comenta Abenmoguit —lugar citado en nota anterior— es también recogido y comentado por el Tasulí, II, 41, aunque atribuyéndole distinta transmisión a la referencia. Sobre Almondir ben Said, primer cadí dahirí de Córdoba, m. 355-966, véase *Recepción de la Escuela malequí*, ANUARIO, VII, 115-6.

⁷⁰ Ms. V de la Colección de la Junta para Ampliación de Estudios, fols. 119 b, 120 b y 122 a. El Formulario judicial, abundante en esta y otras obras requiere un estudio más detenido, que espero poder tener preparado sin tardar mucho.

Uno de los problemas que por efecto de la invasión de los escritos en el proceso tienen que plantearse pronto los teóricos del Derecho musulmán es el de la demanda, cuando se presenta, no ya como mera alegación oral ante el cadí, como en la época patriarcal, sino por escrito. El demandado no debe ser constreñido a contestar inmediatamente, sin estudiar la alegación del demandante; ¿tendrá derecho a que se le conceda un plazo para ello? ¿Podrá exigir una copia del escrito? La admisibilidad de la demanda escrita no es objeto de discusión, es un hecho consumado; Abenasim recomienda incluso presentarla en esta forma en asuntos de cierta complicación o de cuantía elevada⁷¹. Las dificultades surgen sólo respecto a las dos preguntas más arriba formuladas, que suelen resolverse conjuntamente, atendida la gravedad del asunto o la extensión del escrito. Respecto a asuntos graves o difíciles o escritos largos, existe cierta unanimidad en conceder el plazo y el derecho a la copia. Respecto a los demás casos las opiniones se dividen⁷².

La alegación más antigua, si es que es auténtica, al uso español, para resolver el asunto, es la de Abenalhindí, m. 399-1008; en sus tiempos la obligación de dar copia se imponía y el plazo se concedía aun cuando ni la extensión de la demanda ni la importancia del asunto lo requirieran en manera especial⁷³.

Abenxahl, m. 486-1093, no recoge este uso, que señalaría Abenalhindí; se limita a hacer constar que en sus tiempos la práctica estaba de acuerdo con la opinión dominante, en lo de dar plazo y obligar a copia en los asuntos importantes, según lo que de su obra recoge Hixem de Córdoba⁷⁴. Según la referencia de Abensalmún, él personalmente dudaba respecto a las demandas escritas, en asuntos de pequeña importancia⁷⁵.

71 *Tohfa*, ed. y trad. Houdas y Martell, pág. 28.

72 *Ibid.*, 27 y sigs.

73 Encuentro el texto que utilizo de Abenalhindí citado en las Glosas del Tagudí, ed. Cairo, de 1344-1925, en margen al comentario del Tasulí, I, 52. Sobre Abenalhindí, puede verse Pons, *Ensayo biobibliográfico sobre los historiadores y geógrafos arábigo-españoles*, Madrid, 1898, pág. 65.

74 Ms. escurialense, núm. 1066, fol. 6 a. Sobre Abenxahl, *Dibach* de Abenfarjún, ed. Cairo, 1329-1911, pág. 181.

75 *Formulario*, ed. Cairo, 1302-1885, II, 196.

En los tiempos de Hixem de Córdoba, m. 606-1209 ⁷⁶ y en los de Abensalmún de Granada, m. 767-1365 ⁷⁷, la práctica de los Tribunales es la que indica Abenxahl.

Abenasim no toma partido por ninguna de las dos opiniones, ni alega uso ninguno en pro ni en contra ⁷⁸.

¿Es que reaccionó la teoría contra la práctica de los tiempos de Abenalhindí —que parece ser la de los antiguos jueces cordobeses, en los de Mohamed ben Ziyad ⁷⁹—, logrando desterrar este uso y sustituyéndole por el que era más frecuentemente defendido por los alfaquíes? Sería curioso poder señalar con toda certidumbre este proceso regresivo, en que a una práctica excesivamente avanzada se impone el puritanismo de la doctrina; pero la poca seguridad de la referencia, tan tardía, del Tasulí —al que luego hemos de ver trastrocando otro pasaje de estos tiempos— no da gran base para garantizar esta construcción. El dato de Aljoxaní tampoco resulta lo suficientemente claro. El asunto acerca del cual se originó el conflicto en que se vió Mohamed ben Ziyad ¿podría incluirse dentro de los que los *alfaquíes* consideran de importancia suficiente para justificar el cambio de escritos entre las partes? En tal caso la reclamación del demandado se fundaría en que, atendida esta importancia, tenía derecho a copia. Hay que resignarse, mientras no vayan siendo accesibles a la investigación obras de épocas más antiguas, a dejar en el terreno de la hipótesis, todo lo probable que se quiera, lo que es fácil que, andando el tiempo, pueda ser suficientemente contrastado.

Ya he indicado más arriba que el problema de la prueba escrita suscitó grandes controversias entre los juristas musulma-

76 Acerca de Hixem de Córdoba, *Bull. de Corr. Afr.*, 1885, página 472; que el uso en sus tiempos era el indicado se deduce de la lectura del pasaje antes aludido, Ms. escurialense, 1066, fol. 6 a.

77 Sobre Abensalmún de Granada, véase *Algunos capítulos del Formulario notarial de Abensalmún*, ANUARIO, IV, 332. Expone concretamente el uso de sus tiempos conforme al cual emitían sus *fetwas* los *muftíes* y actuaban los jueces, en su Formulario, II, 196.

78 *Tohfa*, ed. y trad. Houdas y Martell, págs. 27 y sigs.

79 Véase Aljoxaní-Ribera, 125, y las observaciones hechas antes sobre este pasaje.

nes; ante ellos y ante el Islam en general hubo de plantearse en modo semejante al en que se presentó a los germanos al irse arraigando en los territorios del Imperio Romano⁸⁰. No llega el Islam a una concepción de la fe notarial, como la que elaboraron los glosadores y comentaristas italianos⁸¹ y hoy nos es familiar; el Derecho musulmán no reconoce propiamente las escrituras públicas si no es con la limitación que más abajo he de exponer. De aquí la desorientación de algunos expositores del Derecho musulmán, como Marneur⁸² y su propensión a quitar importancia a la prueba escrita. Las dos cuestiones pueden separarse; cierto que mayor importancia parece que ha de tener el documento si su valor es decisivo, como ocurre con los nuestros notariales; pero aun careciendo de él puede tenerle grandísimo y ser su uso todo lo frecuente que se quiera.

A falta de esta firmeza preconstituída es preciso buscar otra, en el caso de que la escritura no sea aceptada, sin más, por aquel a quien se opone. La doctrina musulmana distingue a este efecto tres categorías de escrituras —división a primera vista un tanto artificiosa⁸³—: escrituras que contienen una confesión; escrituras cuyo autor —notario— reconoce la letra, pero no recuerda el contenido, y escrituras cuyo autor —notario— o ha muerto o está ausente. Fundamentalmente estas categorías se reducen a dos: las del notario que puede testificar personalmente sobre el contenido de la escritura y las del que, por cualquier razón, no puede hacerlo. Si se habla separadamente de las de confesión es por causa del valor especial que este modo de obligarse tiene en el Islam, en consecuencia del cual sin discusión ninguna se admite que, presentada una de estas escrituras, si el

80 Véase Brunner-von Schwerin, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, 2.^a ed., 560 y sigs.

81 Salvioli, *Storia della Procedura civile e criminale*, II, 442, en *Storia del Dir. It.* de del Giudice, Milano, 1927, vol. III, parte 2.^a

82 *Essai sur la Théorie de la Preuve en Droit musulman*, París, 1916, págs 296-305. Por lo demás, esta obra relativamente voluminosa, basada en un estudio rápido del material traducido a lenguas europeas, es bastante superficial.

83 Abenfarjún, *Tabaira*, I, 295-302. Jalil-Santillana, vol. II, 632-3, Comentario del Harxí a Jalil, ed. Cairo, 1317-1899, vol. VII, pág. 206.

confesante no la reconoce, basta con que testimonien dos personas fidedignas sobre la autenticidad del documento para que éste resulte prueba plena ⁸⁴.

En las escrituras en las que el notario reconoce que él es el que las ha autorizado, ha de testificar ante el juez acerca del contenido de las mismas, y si su honorabilidad es de mayor excepción, la escritura hace también prueba plena ⁸⁵. Si no recuerda el asunto de que trata con algún detalle, aunque reconozca como escrito por el mismo el documento, las soluciones se dividen dentro de la escuela malequí, no faltando quienes, aun en este caso, las concedan pleno valor ⁸⁶.

El caso más discutido es el de la escritura de notario que no puede confirmarla ante el tribunal; ésta, como las de confesión, para ser eficaz en juicio necesita ser confirmada por dos testigos, que han de testimoniar precisamente acerca de que están redactadas efectivamente por el notario que aparece como autorizándolas, y que éste pertenecía a la categoría de los *adules* cuando las redactó y siguió perteneciendo hasta su muerte ⁸⁷.

¿Pero se puede admitir siempre este testimonio? Las soluciones varían desde los que le rechazan en todo caso, exceptuando, sin discusiones, el de confesión, hasta los que le dan por admisible en toda clase de asuntos, sin excepción, pasando por los que limitan su admisibilidad a los asuntos patrimoniales, o dentro de éstos tan sólo a confirmar la existencia de un *habus*, en relación con su tabla fundacional.

Si se pudiera aceptar sin más la referencia de los dos comentaristas de la *Tohfa*, el Tasulí y el Tagudí, el uso español habría aceptado el confirmar toda suerte de escrituras y en toda clase de asuntos, desde los tiempos de Abenharit, m. 361-971,

84 Obras y lugares citados en nota anterior, concretamente de la *Tabsira*, 298-301.

85 *Tohfa*, Houdas y Martell, 59.

86 *Tabsira*, I, 301.

87 *Tabsira*, I, 298. Esta habilitación como *adul* —hombre cuya veracidad hace que su testimonio sea aceptable en juicio, hecha por el juez, es el fundamento de la institución notarial islámica—. Véase *Algunos capítulos del Formulario notarial de Abensalmún de Granada*, en ANUARIO, IV, 320-3.

hasta los de Abenasim, m. 829-1426, o sea, poco más o menos, toda nuestra época española⁸⁸. Pero esta noticia, que podría retrotraerse a época más antigua, la de Mohamed ben Abiisa, juez de Córdoba, m. 339-950, no parece del todo exacta⁸⁹. En fuentes más cercanas y de mejores posibilidades de información se encuentra una versión distinta; lo que refería Abenharit de este cadí cordobés es que admitió el testimonio autenticador de escrituras en litigios sobre las dotes de las mujeres casadas⁹⁰.

Por otra parte no faltan testimonios, bastante próximos a la época de que se trata, de los que se deduce que el uso no era de tanta extensión; Abenzarb, m. 381-991⁹¹, recoge la práctica de su época, que era admitir la confirmación de testigos de que se viene hablando tan sólo en lo referente a *habuses*, aun cuan-

88 Tasulí, I, 99-100. Tagudí, *Ibid.* Abenharit es Mohamed ben Harit Aljoxaní, el autor de *Los jueces de Córdoba*; sobre él véase, a más del prólogo a la edición de esta obra por J. Ribera, págs. VII-VIII, la obra de Pons *Historiadores y Geógrafos*, págs. 76-80.

89 Sobre Mohamed ben Abiisa, véase Aljoxaní-Ribera, 252-6, y Addabi, *Desiderium quaerentis...*, ed. Codera y Ribera, en *Bibliotheca Arabico Hispana*, III, Madrid, 1885, biogr. 218. Que se trata de Abenabiisa, a pesar de que, tanto en este lugar como en los que voy a citar a continuación, se le llama sencillamente Abenisa, me parece claro por las siguientes razones: No he encontrado ningún personaje de este nombre que haya desempeñado el cadiazgo en Córdoba, lo cual, siendo el origen de la referencia nada menos que el historiador de los jueces de esta ciudad, sería extrañísimo. Aún en otro caso, ¿cómo explicar que la biografía de un cadí, que por otros conceptos ha merecido pasar a la historia, se pasase a la diligencia de los biógrafos! Existió ciertamente un Mohamed ben Isa en Córdoba, de no pequeño renombre, pero no llegó a ejercer el cadiazgo —de él me he ocupado en *Recepción de la Escuela malequí*, ANUARIO, VII, 102—. Por otra parte, ya para sus primeros biógrafos, arriba aludidos, el Abiisa empieza a oscurecer su nombre completo, que era Mohamed ben Abdala ben Abiisa; ¿qué de particular tiene que en épocas posteriores se deformara este denominativo? Además, no resulta improbable la mayor atención que este cadí concediera a la prueba escrita, procediendo de la carrera administrativa, de los *divanes* de Hacienda, entre cuyos registros y expedientes había gastado gran parte de su vida.

90 Abensalmún, *Formulario*, II, 208. Hixem de Córdoba, en Ms., escorialense, 1066, fol. 14 b.

91 Alfaradí, biogr. 1361.

do reconociendo que la escuela malequí antigua la extendía a toda suerte de asuntos ⁹².

Abenabizanim, m. 388-998 ⁹³, también atestigua que el testimonio confirmatorio de escrituras, conforme a los usos de sus tiempos, sólo era admisible en asuntos de *habus* ⁹⁴.

Abenalhindí, m. 399-1008 ⁹⁵, no era personalmente partidario de estas limitaciones. O se admitía en todo caso este género de testimonios —argumentaba— o en ninguno, ya que todos los derechos son iguales ante Alah ⁹⁶; pero en cuanto al uso de su tiempo reconoce que era limitar la admisibilidad a asuntos de *habus* y a los demás patrimoniales ⁹⁷.

La cuestión hubo de apasionar en España. Abenmoguit, m. 459-1066, alude a las discusiones de los maestros cordobeses sobre el asunto ⁹⁸.

Abenxahl, m. 486-1093 ⁹⁹, era partidario decidido de la no admisión en absoluto del testimonio confirmatorio; pero también reconoce que, dada la práctica constante, no hay más remedio que admitirle en lo referente a *habus* ¹⁰⁰.

La práctica parece que seguía orientada en el mismo sentido en tiempos de Hixem de Córdoba, m. 606-1209 ¹⁰¹.

Abuishac de Granada, m. antes del 708-1308 ¹⁰², señala como

92 Según la referencia de Abensalmún, II, 208.

93 Pons, *Historiadores y geógrafos*, 98-9.

94 Hixem de Córdoba, Ms. y fol. citados en nota 90, y *Tabsira*, I, 297.

95 Véase, sobre Abenalhindí, nota 73.

96 *Tabsira*, I, 296.

97 *Ibid.*; Tasulí, I, 200, y Tagudí, *ibid.*

98 Hixem de Córdoba, que es quien nos da la referencia, parece que utiliza una obra distinta del Formulario de Abenmoguit. De ella tampoco se encuentran datos en los biógrafos. Véase S. Vila: *Abenmoguit*, en ANUARIO, VIII, 67. El pasaje citado de Hixem, en el Ms. de El Escorial, 1066, fol. 14 b.

99 Véase, sobre Abenxahl, nota 94.

100 *Tabsira*, I, 297.

101 Véase Ms. 1066, de El Escorial, lugar repetidamente citado; se deduce de todo el contexto que los usos judiciales seguían de acuerdo con la doctrina que él expone y comenta. Sobre el autor de esta obra se dan referencias en nota 76.

102 *Recepción de la Escuela malequí*, ANUARIO, VII, 161.

una de las particularidades de la escuela malequí española la limitación del testimonio confirmatorio de esta clase de escrituras al *habus*¹⁰³.

En tiempos de Abensalmún, m. 767-1365, en Granada¹⁰⁴, se admitía en todo lo referente a asuntos patrimoniales, no en los de repudio ni en los de emancipación de esclavos, ni en general en aquellas materias en que no se admite el testimonio de un solo testigo, confirmado por juramento, o el de mujeres (posición también muy frecuentemente sostenida por la teoría).

Finalmente, Abenasim, m. 829-1426, nos enseña que en las postrimerías del Islam español había triunfado el uso de admitir que en toda clase de asuntos se pudiera confirmar en juicio el documento de notario muerto o ausente, por dos testigos¹⁰⁵.

En estas discusiones no aluden los juristas musulmanes a una clase distinta y no menos interesante de escrituras, que podían valer en juicio; las confirmadas previamente ante el juez: se limitan a las que necesitaban ser garantizadas en juicio al quererlas utilizar como medio de prueba, y éstas evidentemente no necesitan tal requisito; pero no dejan de ocuparse de ellas en otros lugares. Es posible seguir la trayectoria de la doctrina jurídica para conseguir el resultado, que ya en el pasaje de la Crónica de Aljoxaní, que más arriba he comentado, aparece como perfectamente logrado¹⁰⁶.

He hecho notar también, en la fórmula de sentencia de Abenmoguit¹⁰⁷, cómo respecto a cada una de las actuaciones judiciales, sobre todo las afirmaciones de las partes, hacía constar el juez que quedaban debidamente acreditadas ante él; la frase que usa el texto tiene una precisión técnica que no conviene

103 *Recepción...*, 167.

104 *Formulario*, II, 208.

105 *Tohfa*, ed. y trad. Houdas y Martell, pág. 61. La frase "c'est l'opinion qui prevaut aujourd'hui" no es suficientemente precisa; literalmente traducida suena: "es el uso hoy". Véase acerca de Abenasim, Brockelmann, *Geschichte der arabischen Litteratur*, II, 264. Véanse asimismo los comentarios del Tasulí y el Tagudí sobre este lugar de la *Tohfa*, I, 100.

106 Aljoxaní-Ribera, 246.

107 S. Vila, *Abenmoguit*, ANUARIO, VIII, 128-9.

echar en olvido ثبت عند القاضي; “queda firme ante el juez...”¹⁰⁸.

Veamos cómo se hacía esto, aún con más claridad que en la sentencia de Abenmoguit. En el Formulario de Abenalcasim de Algeciras se describe de la siguiente manera el modo de actuar el cadí¹⁰⁹. “Hace tomar asiento con él a dos *adules*, uno de los cuales puede actuar de secretario... y pregunta al demandado lo que tiene que responder al demandante. Si él confiesa, hace el cadí documentar la confesión y testificar acerca de ella a los dos *adules*; no debe contentarse (el cadí) meramente con oír (las afirmaciones de las partes)...” Supuesto esto, se plantea Abenalcasim el problema jurídico: ¿Procede, ante esta confesión, así firme, hacer a la parte confesante la pregunta ritual, *idar*¹¹⁰, de si la resta algún medio de prueba?

No debe contar, para resolver esta cuestión, la opinión favorable a que el juez sea creído por su sola afirmación respecto a lo que pueda ocurrir en su audiencia, que registra Abenasim¹¹¹; nos encontramos ante un *documento* autenticado por los *adules* y el cadí mismo.

Abenalatar, m. 390-1008¹¹² y después de él Abenxahl, se oponen a que en tal caso se haga la pregunta ritual, alegando en confirmación de su modo de ver el uso de su época¹¹³. Es,

¹⁰⁸ Ms., fol. 24 a.

¹⁰⁹ Ms. V de la Junta para Ampliación de Estudios, fol. 119 a. El derecho de la parte, a cuyo favor confiesa el adversario, a documentar fehacientemente esta confesión, se reconoce también en Jalil-Santillana, II, 602. Además se impone al juez la obligación de advertir a la parte de este derecho.

¹¹⁰ Véase sobre el *idar*, Halil-Santillana, II, 604.

¹¹¹ *Tohfa*, ed. y trad. Houdas y Martell, págs. 23 y 61. Véase el comentario del Tasulí, I, 40-2; donde se acentúa la oposición a que el juez proceda por su conocimiento personal, punto al que atribuyen gran importancia los teóricos posteriores, quizá por imposición del valor que iba conquistando la documentación autenticada. Así lo insinúa el Mazari, citado en *Tabsira*, I, 28.

¹¹² *Dibach*, pág. 269.

¹¹³ Los testimonios de ambos se recogen, en coincidencia casi literal, en *Tabsira*, I, 134, y en el Formulario de Abensalmún, II, 200. El texto, un tanto impreciso de Abenalcasim de Algeciras, Ms. V de la Junta, fol. 119 a, queda, con estos datos, convenientemente esclarecido.

en consecuencia, una prueba decisiva; no cabe, respecto a lo por ella establecido, otro cualquier intento de argumentación —en contra, se supone, ya que sería el confesante el que en hipótesis habría de utilizarla—. Se puede objetar que esto que se expone se limita a sentar el principio de que lo actuado ante el juez le sirve directamente de información, si se quiere exigiendo el requisito de documentarlo fehacientemente. O bien, siendo el objeto del documento una confesión, lo único que se deduciría claramente es la vinculatoriedad de la misma, que excluye como inútil cualquier otro medio de prueba, al estilo de nuestra ley de Enjuiciamiento.

Pero no paró en esto, ciertamente, la práctica; los mismos alfaquíes, que se pronuncian por la no admisibilidad del *idar* en estos casos, se plantean a renglón seguido el problema de otros documentos similares, redactados por los *adules*, pero fuera de la audiencia judicial, en los que recogen también confesiones; respecto a ellos exigen con todo rigor el *idar* ¹¹⁴.

¿*Quid* de estos documentos, si además de estar redactados por los *adules* están confirmados por el cadí?

Cabe esta *confirmación*. Aparece al fin la palabra técnica, antes apuntada *ثبوت*. Tales confirmaciones merecen una consideración especial en la *Tabsira* ¹¹⁵, en la que les consagra Abenfarjún dos largos capítulos, en el segundo de los cuales intenta tan sólo distinguirlas debidamente de las sentencias propiamente tales. Aquí ya no se limita a confesiones, se refiere a toda clase de negocios jurídicos.

Así se justifica la actividad notarial de los cadíes, de que con tanta frecuencia se encuentran ejemplos. Averroes la da por su puesta al hablar, como de cosa conocida, de los contratos que redactan los cadíes, acerca de los cuales propone cuestiones que por ahora no interesan al objeto de que se viene tratando ¹¹⁶.

Un formulario, mera colección de fórmulas, a diferencia de los corrientes, sin comentario ninguno jurídico a las mismas, que se contiene en el ms. 1077 del Escorial, incluye abundantes

114 Formulario de Abensalmún, lugar últimamente citado; de la *Tabsira* merecen tenerse en cuenta también las páginas siguientes a las aludidas en la nota anterior.

115 I, 86-92.

116 Citado en el Formulario de Abensalmún, II, 201.

modelos de tales confirmaciones ¹¹⁷, que no suelen faltar en los demás ¹¹⁸.

Se conserva hasta el recuerdo de habilidades notariales de los cadíes cordobeses. En la controversia acerca de si es preferente el derecho del tutor testamentario a actuar de tutor matrimonial, sobre el de los parientes próximos de la desposada, y para evitar la posible nulidad del matrimonio, introdujeron una fórmula ecléctica, apareciendo como otorgante de la escritura el próximo pariente, "en nombre y con consentimiento del tutor testamentario..." ¹¹⁹.

Las funciones de contratar —o redactar contratos de matrimonio—, que como propias del cadí señala Averroes, parece que deben interpretarse en este segundo sentido y explicarse por la frecuencia con que tan trascendentales contratos se llevarían a autenticar por el juez ¹²⁰. Así se explicaría también la institución del cadí de los matrimonios, *escrivano principal, provisor de obispo*, según Alcalá ¹²¹, como especialización, en que hubo de

117 Fols. 4 a, 5 b y 6 a, 7 a-8 a, 10 b y 11 a.

118 Por ejemplo, Abensalmún, I, 87; II, 223, 239. Incidentalmente en *Tabsira*, II, 4. En I, 140, se estudian las posibilidades del formulario para estos casos. También pueden acercarse a este tipo las fórmulas de Abenalcasim de Algeciras. Ms. V de la Junta, fols. 122 b a 125 b. Aunque más bien se trata de verdaderos expedientes de jurisdicción voluntaria.

119 Abensalmún, Formulario, I, 48. Véase también *Abenmoguít*, trad. Vila, ANUARIO, VIII, 71 y Ms., fol. 7 a.

120 Bidaya, ed. Cairo, 1335-1916, II, 278 y trad. Laimeche: *Averroes La Bidaya. Des donations, des testaments, des successions, des jugements*, Alger, 1928, pág. 89. Las palabras que emplea el texto *يُختمون* *والمهر* *على* pueden traducirse, como lo hace Laimeche: "il conclut les unions matrimoniales", y se referirían al caso en que, por carecer la mujer de tutor matrimonial, hubiera de actuar el cadí en tal concepto, o más bien, dada la generalidad de la expresión, a sus funciones cuasi-notariales de redactar el documento.

121 Véase Dozi: *Supplement aux dictionnaires arabes*, II, 2.^a ed., Leide, París, 1927, pág. 363, con los numerosos textos alegados en confirmación de la interpretación propuesta. Pueden añadirse aún más; por ejemplo, Wanscharisi: *La pierre de touche des Fetwas*, en *Archives Marocaines*, XII, 297. Sin concretarse a la significación técnica de los términos con que se designa a esta especie de cadíes, pero mucho más elocuente en cuanto a sus funciones y a la frecuencia con que las ejercitaban, está el hecho de que en las *Mil y una noches* no se celebre

desdoblarse la actividad judicial, dada la frecuencia, poco menos que universalidad, del uso de procurarse el acta matrimonial autorizada por el cadí.

No estaría de más para terminar, recoger algún otro dato a más de este tan elocuente del cadí de los matrimonios, revelador del uso extensísimo que se hizo en nuestra España musulmana de la prueba escrita.

Respecto a lo matrimonial, en un caso que he comentado, al principio de este trabajo, de jurisprudencia controvertida, dejé de aludir a un detalle de la crítica que de la sentencia estudiada hace Abenxahl: habiéndose celebrado el matrimonio en Córdoba —era el lugar donde se celebraba el juicio—, dice, ¿cómo era posible que no tuvieran como prueba para demostrar su existencia la *escritura*, o a lo menos el testimonio del valí matrimonial y los testigos instrumentales? ¹²².

Si en caso de matrimonio era usada la prueba escrita, no lo era menos en otras materias. Para el éxito de la acción reivindicatoria era exigencia corriente de la escuela malequí que el demandante confirmara su pretensión mediante juramento; pero en España, cuando se trataba de inmuebles, no se exigía tal juramento; se le reputaba innecesario, ya que en tales casos solía siempre haber prueba escrita ¹²³.

De especies de contratos en los que se empleaba corrientemente y aun el uso llegó a requerir la forma escrita, habla también Abenasim ¹²⁴.

Pero no hay por qué insistir en este extremo; basta considerar la abundancia de la literatura notarial y la extensión de la institución del Notariado en toda nuestra época española para figurarse, sin necesidad de otro argumento, lo que había de significar la escritura en la vida jurídica. Hay formularios que especialmente lo revelan; el ejemplar de Abenmoguit que conserva la Biblioteca Nacional ¹²⁵ acusa un uso dilatadísimo y un cuidado ni un solo matrimonio sin requerir la presencia del cadí. Véase, por ejemplo, la retraducción Blasco de Mardrús, vol. VI, 229 y VII, 59.

¹²² *Tábsira*, II, 126.

¹²³ Santillana: *Istituzioni*, I, 341, con los textos alegados.

¹²⁴ Véase *Tohfa*, ed. Houdas y Martell, págs. 431, 745 y 759.

¹²⁵ El XLIV bis de la colección Gayangos, base de la traducción de S. Vila, y frecuentemente utilizado a lo largo de este trabajo.

do exquisito en su conservación; se deterioró a fuerza de manejarle; pero su poseedor le restauró meticulosamente; varias generaciones de notarios que le utilizaron fueron además anotando al margen variantes de fórmulas, con que más fácilmente satisfacer las demandas de los contratantes. El 1077 del Escorial contiene en un solo ejemplar y copiados de una misma mano, a más del Tratado de Abensalmún, otros dos formularios más breves, uno de ellos el más arriba aludido, ya sin comentarios jurídicos, auténtico *liber usualis* de notarios, poco picados de curiosidad teórica.

De la significación de esta literatura y práctica notarial dan una muestra más algunas alegaciones de jurisprudencia, interpretando frases o cláusulas notariales, que se encuentran ya en Abenmoguit ¹²⁶.

Que esta especial jurisprudencia, como otros géneros de ella, también aludidos de pasada, y aun todo el demás material de usos judiciales exige un más detallado examen, base para una sistematización más amplia y fundada, soy el primero en reconocerlo. La índole de este trabajo y lo limitado de las fuentes que he podido manejar escasamente me han permitido otra cosa. Tampoco sería justo echar toda la culpa a esta escasez de medios de información; posiblemente se podrá obtener de ellos bastante más fruto que el que yo he logrado.

Hay que ser siempre tolerantes con los que se arriesgan en esta clase de sondeos por regiones inexploradas, consintiéndoles que echen por delante, con modestia obligada, reconocimiento de limitaciones y deficiencias, preparativo de exculpaciones para cuando suene la hora de revisar. A esta tolerancia me acojo en último término.

JOSÉ LÓPEZ ORTIZ.

¹²⁶ En los tratados de matrimonio y repudiación, que es lo traducido por S. Vila, ANUARIO, VIII, véanse como ejemplo las págs. 92, 102 y 137. Podrían ciertamente estos casos suponerse mera interpretación de términos técnicos escritos, o bien pronunciados oralmente; en este sentido aparecen en otras obras teóricas —o a lo menos pueden así interpretarse—. Aquí el contexto parece apoyar la interpretación que doy en el texto: en las demás obras habría que examinar si no será, en definitiva, la misma solución la que haya de prevalecer.