


FOR TX
M6695

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 049 374 747

MOSLEM
903
CON

Bd. Oct. 1931



HARVARD LAW LIBRARY

Received

April 21. 1926

LAW LIBRARY

Digitized by Google

أشـرع



NOTAS

DE

Aug. 29

Derecho Musulman

— ó —

67

RASGOS DEL CHARÁA

POR

CONSTANTE MIQUELEZ DE MENDILUCE Y PECIÑA

Teniente Auditor de Guerra de 2.^a clase



Melilla.—1907

Tip. de El Telegrama del Rif

2, Iglesia, 2

Notas de Derecho Musulman

ó

RASGOS DEL CHARÁA

أشـر ع

Notas de Derecho Musulman

ó

RASGOS DEL CHARAA

POR

CONSTANTE MIQUELEZ DE MENDILUCE Y PEGIÑA

TENIENTE AUDITOR DE GUERRA DE 2.^a CLASE



Melilla.—1907

Imp. El Telegrama del Rif
2, Iglesia, 2

BRITAIN
1916

APR 21 1926

Al Excmo. Sr. General de División D. José Marina y Vega y al Auditor de Brigada Don José Muñoz Repiso, ambos Jueces de moros en Melilla, está dedicado este trabajo.

AUTORES CONSULTADOS



SEIGNETTE, *Código Musulman.*

KAZIMIRSKI, *Diccionario Árabe.*

ZEYS, *Tratado de Derecho Musulman.*

SAVARY, *Traducción del Koran.*

MARACCI, *Traducción y refutación del Koran.*

ABD-EL-AZIS, ETTEALBI Y HADI-SEBAY, *Espiritu liberal del Koran.*

VAFFIER-POLLET, *Estudios varios.*

VILLOT, *Usos y costumbres.*

SALMON Y MICHAVE-RELLAVE, *Archives Marocaines.*

SI HABIL-KLARIN M^U TA EL CHOT, *Diccionario.*

MOHAMED KARCHI, KALIL Y OTROS, EN SUS TRADUCCIONES.



Para empezar

No intenta hacer el autor de estas cuartillas una exposición científica del Derecho Musulman.

Para ello le faltan fuerzas y le sobran dificultades, siendo de éstas la más grande su desconocimiento casi absoluto de la lengua árabe.

Pretende tan solo recoger algunas de las particularidades que el jus islámico ofrece y ordenarlas en un corto folleto sin examinarlas á la luz de la filosofía, ni criticarlas, ni compararlas, sino en contados casos, con las de la legislación española. Se trata, pues, de un índice ligero, de una sencilla enumeración, libre de todo análisis.

*Por eso, no hay que esperar de esta obrilla comentarios luminosos, concordancias útiles, ni citas oportunas y en vano ha de buscarse en sus páginas nada original, ya que el trabajo será de mera recopilación jurídica de los preceptos que el Koran contiene, de los *hadit* حديث del Profeta de la Meca, de los juicios de los jurisconsultos musulmanes y de los pensamientos de los letrados franceses de Argelia.*

Algo, muy poco, habrá de observación perso-

nal, producto del trato continuo con los indígenas durante los tres años que el autor ha tenido á su cargo la Secretaría del «Juzgado de Moros», de Melilla.

En los juicios que en ese Tribunal, presidido por el General Gobernador de la Plaza y del que forma parte el Auditor de Guerra, se celebran todos los dias, hay necesidad de que el juzgador se inspire con frecuencia en el espíritu del Derecho Musulmán, y esta necesidad ha movido al autor á ir en busca de las especialidades del *Charáa* para reunir las, por si el trabajo puede ser útil en algo á sus compañeros del Cuerpo Jurídico Militar á quienes el servicio traiga á Melilla, ciudad que es hoy esperanza risueña de cercanas y hermosas realidades para la Pátria.

Y si además de ese fin principal, las *Notas de Derecho Musulman* realizan el de despertar en España la afición á esta clase de estudios, habrá visto colmados sus deseos

El Autor.





FUENTES DE DERECHO

La obra del Korán

El Derecho Musulmán bajó del Cielo en manos de Gabriel y éste lo comunicó á Mahomed, para que lo promulgara durante veintitrés años entre alabanzas interminables al Dios único y tremendas maldiciones á los infieles.

Código sábio, á la vez que letania bellísima, el Korán realizó una obra transcendentamente revolucionaria, que supo alcanzar por igual á lo religioso, á lo moral y á lo jurídico.

Desde la «noche célebre», *El Kadar*, en que el Profeta recibió el celeste encargo con los cinco primeros versículos del libro sagrado, cuidadosamente recojidos en hojas de palmera, hasta el momento de morir en brazos de su mujer *Aiesha*, realizó una predicación constante, una propaganda incansable á cuyo servicio puso su elocuencia

soberana, su valor sin límites y su asombroso ejemplo.

La multiplicación de dioses, los usos bárbaros de los árabes y sus vicios, sobre todos el incesto y la poligamia, fueron fustigados por Mahomed de un modo implacable, fundándose siempre en la letra revelada que su talento obtenía cuando era menester.

Donde veía un mal aplicábale remedio inmediato, haciendo llegar á la tierra la voz de Allah. Unos cuantos versículos eran suficientes para ello.

Cierto día observó el Profeta que entre sus prosélitos de la Meca y sus partidarios de Medina existían peligrosos celos. Enseguida Gabriel le dictó este versículo: «Abrazad la religión divina en toda su pureza. No forméis cismas. Venga la concordia á vuestros corazones».

Servíale también la voz del cielo para disculpar sus debilidades.

Enamorado de la esposa de Zaid, su hijo adoptivo, y como éste, complaciente, la repudiara, llevóla á su lecho sin reparar en el impedimento. Tal matrimonio podía causar grandes mermas á su prestigio, pero allí estaba la revelación preparada, y á los pocos días aparecieron estas palabras

hoy figuran en el capítulo xxxiii del Korán: «Te hemos unido á ella (la esposa de Zaid) para que los fieles tengan la libertad de casarse con las mujeres de sus hijos adoptivos, después de

su repudiación. El precepto divino debe cumplirse.»

No es esta ocasión de seguir los pasos apostólicos de Mahomed, que sirvieron de interesante asunto á las plumas de Abul-Feda, El Hazan, Hannab y tantos otros cronistas árabes.

Basta á nuestros propósitos parar la atención en el brillantísimo resultado de sus predicaciones, que originaron radicales cambios en el régimen social preexistente.

La filosofía koránica emancipó á los pueblos en que arraigó de la tiranía de la materia, llevándoles la dulzura y el amor del cristianismo, hábitos de vida espiritual y normas nuevas que en su época constituían un progreso en todos los órdenes.

Encontramos muy justificados los entusiasmos de Abdelaziz Ettealbi y el Hach-Sebai, en su reciente obra *Espíritu liberal del Koran*, al examinar la labor maravillosa del Profeta de la Meca, porque es indudable que el pasar del tiempo ha venido á dar la medida de su grandeza.

Gran conocedor de sus contemporáneos, siguió Mahomed el único camino que podía conducirle al logro de su propósito altruista. Hizo descender la palabra de Dios, y con tal fortuna la llevó á los oídos de los árabes en la prosa musical de sus versículos, que la transformación fué operada por imposible que pareciera.

Quedó así consagrada la tolerancia religiosa, des-

pués de destruido el nécio culto politeista, declaróse obligatoria la instrucción para todos los musulmanes y autorizóse el matrimonio del creyente con la infiel; hubo leyes para la guerra; la potestad del esposo y del padre quedaron reducidas á más modestos límites; se dieron garantías al huérfano y la mujer salió de la categoría de cosa, aunque no entrase por entero en el terreno de la personalidad jurídica.

Tal fué la obra del Kóran con su lenguaje á veces intencionadamente oscuro y el tremendo desorden de sus preceptos, que llegó á ser completo merced al famoso compilador musulman Abu-Beker, quien reunió sus capítulos no atendiendo al tiempo en que fueron revelados sino al número de los versículos que contenian, cuando no le daba la norma el capricho. Así, las primeras palabras de Mahomed aparecen en el capítulo xcvi *La unión de los sexos*.

En cuanto á las oscuridades koránicas, es indudable que fueron buscadas por el Profeta, quien no contento con imitar al Pentateuco y al Evangelio en el lenguaje vago y parabólico, puso al frente de ciertos capítulos misteriosas iniciales, cuidando de advertir que toda pesquisa en busca de su sentido habría de ser vana porque solo Dios tenía la clave del enigma.

Al frente del capítulo xxviii se lee: «S. M. Estos caracteres son los signos del Libro de la evidencia.»

La voz divina no necesita cuando habla á los mortales emplear el razonamiento. La fé acepta cuanto se le dice si ella existe. Por eso en el versículo 164 del capítulo iv aparece: «Dios atestigua haberte (Mahomed) enviado el libro de su ciencia. Los ángeles son también testigos de ello, pero el testimonio de Dios basta para probar su autenticidad».

En los capítulos santos del Profeta se encuentran las delicadezas de los bardos de *El Hahilyah* (tres siglos antes del Islam), los gritos elegíacos de *Al-Hamsa* y las grandezas de *Amin El Kais*.

Y no solo son sus páginas poema. Asíéntase en ellas toda la filosofía árabe, pues en los versículos cadenciosos y floridos de Mahomed estudiaron *Az-Razzi* y *Al-Gazzali*, así como *Ibn Cina*, defensor de las teorías de Platón y el moro cordobés *Ibn-Roschd*, discípulo de Aristóteles, cuyas obras fueron la admiración de Europa y hoy son en la Universidad El Ahzar del Cairo elementos educativos de los millares de jóvenes musulmanes que acuden á la lucha por la reconquista de una civilización perdida.

En esas páginas inmortales, escritas en los caracteres que inventó Muramer-Eb-Murra, encuentran los portaestandartes de ese «panislamismo» que se agita en Egipto y en Turquía, alientos para emprender la cruzada en que soñaba el Patriarca del África del Norte, cuando no hace mucho tiempo le sorprendió la muerte.

El Charáa

Las fuentes del Derecho hasta la muerte del Profeta, son:

1.^a Costumbre proto-islámica no suprimida ni modificada por las palabras del texto sagrado y que por lo tanto debía seguir en vigor.

2.^a Texto koránico que definía todas las novedades jurídicas y alteraciones del derecho consuetudinario.

3.^a Interpretación auténtica del texto por su mismo legislador, quien estaba siempre dispuesto á resolver las dudas nacidas en la aplicación práctica de las preceptos divinos, ora aclarando conceptos oscuros, ora sentenciando en las diferencias de los fieles.

Las resoluciones de Mahomed ó hadit, ascienden á muchos millares.

No ya las palabras, sino hasta los gestos de Mahomed eran apreciados por sus compañeros como nuevos versículos del Koran que aceptaban con reverencia y que reunidos han llegado á la época presente bajo el nombre de Sunna سنن ó tradición escrita.

Muerto el Profeta, sus auxiliares en el apostolado se encargaron de sostener la vigencia del Korán y de continuar la obra de su autor, afianzando el nuevo estado de cosas y educando á muchos discípulos como necesaria garantía del porvenir.

Y de aquí nacieron nuevas fuentes jurídicas,

porque las resoluciones de los compañeros de Mahomed y de sus discípulos, cuando eran dictadas por unanimidad, se convertían en reglas á observar.

A esa interpretación, que podríamos llamar cuasi auténtica, por su proximidad al legislador y estar hecha por hombres que habían escuchado sus palabras, sucedió la propiamente didascálica dando origen á la formación de cuatro grandes escuelas de derecho, guardadoras de otras tantas tendencias islámicas, sostenidas por los célebres imanes Ab-Hanefa, Malek Ibn Edris, Chafé y Hambal.

Malek y Hanefa representan la intransigencia dogmática y el positivismo complaciente.

Ambos jurisconsultos afirman las verdades fundamentales, pero esa ortodoxia común se manifiesta de modos distintos cuando se trata de puntos menos esenciales y que miran más de cerca á la realidad de la vida.

Tan pensador como creyente, Hanefa, daba más valor al espíritu que el Profeta quiso poner en la letra mágica de sus azoras que al sentido material de las mismas, y hombre enamorado de la lógica, la manejaba con tal fortuna que, consecuencia tras consecuencia, llevaba el convencimiento á cuantos le escuchaban, resolviendo siempre las cuestiones con arreglo á su criterio tolerante.

Sus obras más importantes son el *Musnad* y el

El Charáa

Las fuentes del Derecho hasta la muerte del Profeta, son:

1.^a Costumbre proto-islámica no suprimida ni modificada por las palabras del texto sagrado y que por lo tanto debía seguir en vigor.

2.^a Texto koránico que definía todas las novedades jurídicas y alteraciones del derecho consuetudinario.

3.^a Interpretación auténtica del texto por su mismo legislador, quien estaba siempre dispuesto á resolver las dudas nacidas en la aplicación práctica de las preceptos divinos, ora aclarando conceptos oscuros, ora sentenciando en las diferencias de los fieles.

Las resoluciones de Mahomed ó hadit, ascienden á muchos millares.

No ya las palabras, sino hasta los gestos de Mahomed eran apreciados por sus compañeros como nuevos versículos del Koran que aceptaban con reverencia y que reunidos han llegado á la época presente bajo el nombre de Sunna سنن ó tradición escrita.

Muerto el Profeta, sus auxiliares en el apostolado se encargaron de sostener la vigencia del Korán y de continuar la obra de su autor, afianzando el nuevo estado de cosas y educando á muchos discípulos como necesaria garantía del porvenir.

Y de aquí nacieron nuevas fuentes jurídicas,

porque las resoluciones de los compañeros de Mahomed y de sus discípulos, cuando eran dictadas por unanimidad, se convertían en reglas á observar.

A esa interpretación, que podríamos llamar cuasi auténtica, por su proximidad al legislador y estar hecha por hombres que habían escuchado sus palabras, sucedió la propiamente didascálica dando origen á la formación de cuatro grandes escuelas de derecho, guardadoras de otras tantas tendencias islámicas, sostenidas por los célebres imanes Ab-Hanefa, Malek Ibn Édris, Chafé y Hambal.

Malek y Hanefa representan la intransigencia dogmática y el positivismo complaciente.

Ambos jurisconsultos afirman las verdades fundamentales, pero esa ortodoxia común se manifiesta de modos distintos cuando se trata de puntos menos esenciales y que miran más de cerca á la realidad de la vida.

Tan pensador como creyente, Hanefa, daba más valor al espíritu que el Profeta quiso poner en la letra mágica de sus azoras que al sentido material de las mismas, y hombre enamorado de la lógica, la manejaba con tal fortuna que, consecuencia tras consecuencia, llevaba el convencimiento á cuantos le escuchaban, resolviendo siempre las cuestiones con arreglo á su criterio tolerante.

Sus obras más importantes son el *Musnad* y el

Maallem, tratado de teodicea musulmana en el que asegura que la fé salva á pesar del pecado.

Al empezar la segunda centuria de la Hégira, la doctrina hanefita triunfaba como triunfa siempre lo que es cómodo y útil, no obstante las murmuraciones de los muslines puritanos; pero no tardó mucho en presentarse la reacción dogmática en boca de Malek, hombre que, más creyente que pensador, lo subordinaba todo al texto del Koran.

En esa lucha técnico-jurídica venció la escuela Malekita en el África del Norte, manteniéndose la de Hanefa en la India cisgangética, Tartaria, Egipto é Imperio Otomano, donde sirvió de base á la redacción de un cuerpo de leyes.

Malek, el discípulo de los «novecientos cheiks», entre los cuales figuraba Hanefa, es autor del *Muhatta* y puede ser considerado como un profeta que proporcionaba la revelación derivada, pues afirma que Mahomed se le aparecía, del mismo modo que á éste el espíritu de la santidad ó sea el Arcángel Gabriel.

La ortodoxia malekita llegó, aunque parezca increíble, hasta á censurar ciertos preceptos koránicos cuya tolerancia consideró excesiva, intentando dar un paso atrás en el camino seguido por el Profeta.

Pero aun cuando la generosa interpretación de los juristas hanefitas nos parezca más simpática, más en armonía con el alma de Mahomed y sobre todo más al servicio de la civilización, debemos es-

tudiar principalmente la escuela malekita, que es la que impera en el Moghreb é informa todo el Derecho marroquí.

En cuanto á las doctrinas chafeita y hambalita, ningún interés ofrecen para nuestro intento y no tendremos necesidad de acudir á ellas en ningún caso al exponer el jus islámico,

Quedan, pues, enumerados los elementos que componen el Charaá ó derecho musulmán, en el cual encontrarán los lectores rasgos que denotan paternidad romana.



FAMILIA

الزواج

EL MATRIMONIO

COMO SE CONTRAE

«Sed justos con vuestras mujeres y no tomeis mas que dos, tres ó cuatro de las que os agraden. Si no podeis sostenerlas con equidad y decoro, una debe bastaros y en otro caso os serán suficientes las esclavas. Esta sábia conducta os facilitará los medios de dotar á vuestras esposas. Si su generosidad quiere condonaros la dote empleadla en proporcionaros comodidades en la vida.

KOR. C. IV v. 3.

La repudiación solo tendrá lugar dos veces. Los maridos guardarán á sus mujeres con humanidad ó las repudiarán con justicia.

KOR. C. II v. 229.

**Caracteres.—Prestación del consentimiento.—
Forma directa.—Forma indirecta.—Curaduría nupcial.**

I

El Profeta muestra en sus anteriores palabras los rasgos principales del matrimonio musulmán. Sírvanle, pues, de definición, convencidos como estamos de que no habríamos de dársela mejor.

... un con-
... rsona.
... disposición
... pñber no pue-

... mujer virgen, con-
... tamentario y también
... a recaído en ella.
... tad el varón puede ser
... enlace que se conceptúe
... La virgen se casa sin su
... do que el matrimonio de
... ventajoso.

VI

... mujer impide que en el acto
... desempeñe papel activo, y su
... ta en varios pasajes koránicos,
... sentir, aún en los casos en que
... te asistida de un curador nup-
... la represente. Este represen-
... siempre varón. La mujer—ha di-
... to puede casar á la mujer.

Caracterizan, en efecto, al matrimonio la poligamia, la dote y el divorcio.

Mahomed limitó el número de esposas, á fin de que, según el historiador Geladdedin, pudiera el marido atenderlas con equidad, dió reglas precisas para el divorcio y consagró la necesidad del don nupcial.

De los versículos transcritos, que en otros, cuyo exámen no es de este momento, tienen el debido desarrollo, se deduce además que la esposa musulmana no essierva de derecho aunque el matrimonio sea frecuentemente en la práctica una venta.

II

Es el matrimonio un contrato puramente privado, y para expresar el consentimiento del cual resulta, no hace obligatoria la ley musulmana una determinada fórmula.

III

Pueden prestar por sí mismos el consentimiento:

1.º El varón púber que siendo hábil para consumir el matrimonio se encuentre en el uso de sus facultades mentales.

2.º La mujer desflorada (no por el pecado), en quien concurren las demás circunstancias consignadas en el número anterior.

IV

El varón impúber es incapaz de prestar un consentimiento válido. No dispone de su persona.

La mujer únicamente adquiere la disposición de la suya con la desfloración. Aún púber no puede consentir mientras sea virgen.

V

Por el varón impúber y la mujer virgen, consiente el padre ó el tutor testamentario y también la madre cuando la tutela ha recaído en ella.

En virtud de esa potestad el varón puede ser forzado á efectuar un enlace que se conceptúe muy ventajoso para él. La virgen se casa sin su voluntad, prévia prueba de que el matrimonio de que se trata no le es desventajoso.

VI

El recato de la mujer impide que en el acto del consentimiento desempeñe papel activo, y su debilidad, reconocida en varios pasajes koránicos, exige que para consentir, aún en los casos en que tiene capacidad, esté asistida de un curador nupcial *wali* ولى que la represente. Este representante ha de ser siempre varón. La mujer—ha dicho el Profeta—no puede casar á la mujer.

VII

Es *uali* de la virgen su padre ó su tutor testamentario, y en defecto de estos el hermano, el abuelo, el tío carnal y el primo hermano.

La virgen huérfana es asistida por cualquier miembro de la gran familia musulmana que la haya adoptado.

El kadi representa á la virgen desvalida.

Necesidad de la dote.—Sus clases.—Entrega de la dote.

VIII

No existe matrimonio sin dote. Esta constituye, segun la ley, una donación á la esposa; pero en la vida real se convierte muchas veces en precio de la hembra que lucra á sus parientes.

IX

Los expositores del derecho islámico especifican cuatro dotes:

Determinada ó sea la que se fija al concertar el matrimonio.

Usual ó establecida por la costumbre, deduciéndose su valor de la condición de los esposos.

Fiduciaria, cuya determinación no tiene lugar hasta la consumación del matrimonio.

Arbitral, que se fija por un tercero, previo acuerdo de los esposos ó prometidos.

X

Las cosas en que consista la dote, deben reunir las condiciones exigidas para que puedan servir de objeto al contrato de compraventa y su valor mínimo es un cuarto de dinar de oro (dos pesetas.)

XI

Es obligatorio para el esposo el regalo á su prometida del conveniente equipo, *melbus* ملبوس .

XII

Una parte de la dote ha de ser entregada á la mujer en el momento de celebrarse el contrato y, por lo tanto, antes de la consumación del matrimonio. La entrega del resto se efectua segun lo que se pacte, en un plazo que no ha de exceder de veinte años.

XIII

La mujer adquiere la primera de las porciones citadas desde que el contrato se celebra y la otra cuando el matrimonio se consuma, aunque no se le haya entregado. En este caso resulta la acreedora de su marido.

«Os está prohibido casaros con vuestras madres, hijas, hermanas, tías, sobrinas, nodrizas, hermanas de leche, etc.»

KOR. c. IV v. 27.

«No desposareis á la mujer casada salvo que la haya puesto en vuestras manos la suerte de las armas.»

KOR. c. IV v. 28.

Impedimentos.---Parentesco.---Parentesco de leche.—Religión.—Tetragamia.—Estado de la mujer.

XIV

Nadie puede casarse con sus parientes legítimos ó naturales en la línea recta ascendente ó descendente.

En la colateral está prohibido el matrimonio con el hermano y con los hijos de este.

Los impedimentos comprendidos en los dos números anteriores son siempre absolutos.

Tampoco puede contraer matrimonio el musulmán con su nodriza ni con sus ascendientes ni descendientes.

XV

El parentesco de afinidad en primer grado produce igualmente impedimento de carácter absolu-

to. Tampoco es posible la unión entre cuñados, mientras vive la mujer que ocasiona el parentesco; pero muerta ó repudiada el impedimento desaparece.

Un musulmán puede tomar por esposa á la madre de la mujer de su hijo ó á la hija de una mujer de su padre, que no sea su madre.

XVI

El varón puede contraer matrimonio con la judía y la cristiana, pero no con la idólatra. La mujer, en cambio, solo puede casarse con el creyente. La razón de la diferencia está en que es difícil que el marido atraiga á la mujer á su fé.

El Profeta, además, es tolerante con los que han recibido las escrituras y no transige con los idólatras.

XVII

El hombre puede tener cuatro mujeres á la vez; la mujer solo un marido.

«Las mujeres repudiadas dejarán transcurrir seis meses sin volverse á casar y si creen en Dios no ocultarán que están en cinta.»

KOR. c. II v. 228.

XVIII

Muerto el marido ó repudiada la mujer, se en-

cuentra esta obligada á no contraer nuevas nupcias durante el plazo señalado *aidda* آئدة y lo propio sucede en caso de ruptura de una unión ilícita. El embarazo constituye un impedimento hasta el parto.

«El que haya repudiado tres veces á su esposa no podrá ya recibirla, sin que haya pasado por el lecho de otro marido y este la repudie á su vez. Entonces podrán reunirse de nuevo.»

KOR. C. II v. 230.

XIX

Como se vé, la triple repudiación crea un impedimento entre los esposos, que desaparece con un nuevo matrimonio de la mujer, disuelto á su vez.

Débito conyugal.—Patriarcado.—Potestad del Jefe de la familia.—Derechos y deberes

XX

Al emprender Mahomed sus expediciones militares encargaba á la suerte le designase la esposa que había de acompañarle, huyendo así de peligrosas preferencias.

Esa norma de conducta quedó señalada para los musulmanes en el siguiente versículo:

«No podreis, á pesar de vuestros esfuerzos, profesar un amor igual á las esposas, pero no inclineis la balanza de un lado, dejadla en el fiel.»

KOR. C. IX v. 128.

XXI

El marido musulmán debe un día á cada esposa, salvo estipulación en contrario y está obligado á satisfacer los gastos ordinarios de alimentación, vivienda y vestidos; estos, dos por cada año, segun la exigencia de la estación.

«Los hombres son superiores á las mujeres. Dios les ha dado la preeminencia. Deben ellas ser obedientes á sus esposos y guardar sus secretos. Los maridos, cuya autoridad se desconozca, pueden acudir al castigo y golpear á las mujeres.»

KOR. C. IV v. 38.

XXII

Es el marido jefe patriarcal de la familia. La mujer y los hijos lo están sometidos, siendo administrador de los bienes de los últimos. La mujer conserva la disposición de los suyos.

Son hijos legítimos los nacidos del matrimonio.

Los ilegítimos —procedentes del pecado—son de la madre, según expresión de los jurisconsultos.

No cabe la legitimación ni es lícito investigar la paternidad, pero el musulman puede declarar solemnemente, y esto hace prueba, qué un niño varón ó hembra, cuya filiación no se conoce, es hijo legítimo suyo.

XXIII

El padre tiene hasta la potestad de sus hijos varones y aun después, mientras no se encuentran en condiciones de valerse por sí solos, el deber de atender á su sostenimiento. Esta obligación dura con relación á los hijos hasta su matrimonio.

«Las madres amamantarán á sus hijos dos años completos, si el esposo así lo quiere.»

KOR. C. II v. 233.

XXIV

Segun opinión unánime de los comentaristas, la mujer de condición humilde está obligada á lactar á sus hijos sin retribución, durante el plazo señalado en el versículo anterior.

En otro caso, la esposa no tiene ese deber, sino cuando la necesidad es apremiante.

XXV

El conjunto de cuidados materiales que la esposa debe á sus hijos, así como el derecho á prestarlos, recibe el nombre de *hadana* حضانة y no cesa ni aun cuando el matrimonio se disuelva.

Termina la *hadana* por indignidad de la mujer que la ejerce y por su nuevo matrimonio.

«Dios te prescribe el bien obrar hácia los autores de tus días. Háblales siempre con respeto y no les trates con altanería ni desprecies.

KOR. C. XVII v. 24.

XXVI

Los hijos deben respeto y veneración á sus padres y no pueden abandonar su domicilio los varones hasta la pubertad y las hembras hasta el matrimonio.

Deben los hijos alimentar á sus padres necesitados, pero no á la madrastra viuda que contrae nupcias de nuevo.

El padre no puede efectuar otros enlaces, mientras reciba alimentos de sus hijos.

No son obligatorios los alimentos entre parientes por afinidad.

COMO SE DISUELVE

«A los que hayan jurado no tener comercio con sus mujeres se les concede un plazo de cuatro meses. Si durante ese tiempo volviesen á ellas, el Señor es indulgente y misericordioso.»

KOR. C. II V. 226.

«Si el divorcio está firmemente resuelto, Dios es sabio y lo comprende todo.»

KOR. C. II V. 227.

Ruptura del lazo.—Divorcio.—Rescate de la mujer.

XXVII

El lazo conyugal se desata por el divorcio y la repudiación. Requiere el primero la voluntad de ambos consortes: la segunda se produce por la sola voluntad del marido ó de la mujer asistida del kadi.

XXVIII

El divorcio puede adoptar dos formas: *jolá* جُلْع en la que la esposa, sin intervención judicial, recobra la libertad gracias á una compensación en metálico ó en especie que el marido acepta,

y *mubara* مبراة por medio de la cual, marido y mujer convienen en la separación, renunciando á sus derechos recíprocos y absolviéndose de sus deberes.

El divorcio por *jolá* constituye una verdadera redención de la mujer que ofrece al esposo un precio de rescate.

XXIX

En el rigor de los principios solo el marido tiene el derecho de provocar el divorcio. Sin embargo, tolérase que la esposa lo proponga, señalando la indemnización que está pronta á darle.

Este divorcio por compensación requiere el consentimiento de los cónyuges, que necesitan estar en el pleno uso de sus derechos. Ha de tener la esposa la administración de sus bienes y si no goza de ella suplirá el tutor su capacidad.

El ofrecimiento de la mujer incapaz de disponer de sus bienes, aceptado por el marido *sui juris*, produce la disolución del matrimonio, si bien el convenio referente al don compensatorio, es nulo

XXX

La mujer puede ser compelida al divorcio *jolá* por las mismas personas en quienes recae el derecho de imponerle el matrimonio, concurriendo las circunstancias necesarias.

XXXI

Pueden ser objeto de la indemnización, que la mujer entrega para rescatar su persona, todas las cosas, aunque no estén en su poder, incluyendo las de ilícito comercio con arreglo á las prescripciones koránicas. Igualmente puede consistir el don compensatorio en la cesión de sus derechos. La ley facilita la disolución del matrimonio considerando que lo esencial es el consentimiento libremente expresado. Ordinariamente, la esposa renuncia á la porción de la dote aún no recibida y que el marido le adeuda.

Repudiación.— Antes del Islám.— La reforma.— Condiciones.— Fórmulas.— Otros medios.

XXXIII

En la costumbre protoislámica, primera fuente del derecho musulmán, tenía el marido poder absoluto de repudiación. El matrimonio se disolvía sin más requisito que una palabra, un gesto del esposo. Mahomed arremetió contra semejante estado de cosas y volvió por los fueros de la mujer legislando para proporcionar mayor solidez al vínculo.

Admitió el Profeta la ruptura del lazo conyugal por solo efecto de la voluntad del marido; pero tomó rigurosas precauciones encaminadas á evitar

que un momento de cólera ó de hastío produjera tan transcendentales consecuencias en el orden familiar.

XXXIV

Para que la repudiación fuese eficaz, según la *Sunna*, era preciso que el marido rechazase á su mujer tres veces, lo que debía hacer inmediatamente despues de la función menstrual. De esta manera, obligado el marido á poner el intervalo de un mes entre cada uno de sus actos de repulsa, tenía el medio de enmendar sus ligerezas y contaba la mujer con esa garantía.

Los preceptos de Mahomed regulando la repudiación fueron muy pronto olvidados gracias á la ayuda de complacientes comentaristas. Aquellas disposiciones justas y provechosas llegaron á ser letra muerta y hoy el marido se encuentra investido, como antes, de omnímodo poder existiendo únicamente la diferencia de que hasta el Korán, cualquiera que fuese la fórmula empleada por el esposo, daba por resultado la ruptura irrevocable del lazo conyugal y en la actualidad solo se atribuye tal efecto á fórmulas previamente consagradas.

XXXV

Para llevar á cabo la repudiación, necesita el

marido ser púber y tener discernimiento. El tutor completa la personalidad del impúber.

Las fórmulas repudiatorias puras ó condicionales, explícitas ó implícitas, revocables ó irrevocables que la jurisprudencia musulmana admite, son numerosísimas y para recojerlas se necesitarían muchas páginas, sin que por eso quedara la relación completa, ya que todos los días puede el uso autorizar otras nuevas.

XXXVI

De las fórmulas puras que producen repudiación revocable, pueden citarse como clásicas estas tres: *Fátima, me veo obligado á repudiarte. Yahya, no estás casada. Te repudio, Neyma.*

Cualquiera de esas fórmulas necesita ser repetida dos veces, mediando entre las tres una función menstrual para que el matrimonio quede disuelto y la reconciliación sea imposible.

En la práctica, sin embargo, es suficiente la repetición sin guardar los intervalos que la *Sunna* impone.

XXXVII

Puede el esposo pronunciar la fórmula tres veces en el mismo acto, y, cuando esto sucede, la repudiación se convierte de simple en triple, siendo sus efectos irrevocables.

XXXVIII

Existen otras fórmulas á las que el derecho musulman concede, dichas una sola vez, la misma eficacia que si lo fuesen tres, ya en un solo momento, ya mediando los plazos marcados por la *Sunna*. El esposo debe saber en este punto á que atenerse, presumiéndose que al pronunciar dichas fórmulas su propósito es terminar para siempre la vida conyugal, sin que en la mayoría de los casos se le admita prueba de su falta de intención. Las más usadas son: *¡Eres para mí una mujer muerta! ¡Te despido de mi casa! ¡vete á la de tu padre!*

XXXIX

Las fórmulas condicionales dejan en suspenso la repudiación hasta que la condición se realice.

La condición vana ó ilícita se tiene por no puesta, convirtiéndose la fórmula en pura. La imposible deja sin efecto la repudiación.

XL

Pronunciada la fórmula revocable, cesa el comercio carnal entre los esposos y la mujer entra en *aidda* situación que termina á los tres meses.

Mientras dura este período de expectación conservan los cónyuges el recíproco derecho á su he-

rencia y el esposo puede recibir de nuevo á la esposa, sin más requisito que manifestar su intención en este sentido.

Esa reconciliación solo puede tener lugar dos veces, pues la tercera repudiación es irrevocable, como ya se ha dicho.

XLI

La repudiación irrevocable hace desde luego definitiva la ruptura y si los esposos desean reanudar la vida común, necesitan formalizar un nuevo contrato de matrimonio. Basada la repudiación en la exclusiva voluntad del marido, este no tiene derecho en ningún caso á exigir á su víctima, bien puede llamársele así, que le indemnice. Sin embargo, la costumbre ha llevado á cabo la derogación de ese principio, gracias á la complicidad de los expositores del derecho y de los jueces encargados de darle vida práctica. Muy pocas veces, el esposo musulman pronuncia la repudiación que le privaría del don compensatorio, pues prefiere utilizar el divorcio *jolá*, pero desnaturalizado, pervertido desde el momento en que se atribuye el derecho de provocarlo. De este modo, el esposo se desembaraza de la mujer que no le sirve y recobra el precio que por ella pagó.

El esposo tiene la facultad de conferir á otra persona mandato de repudiación y hasta, en ciertas circunstancias, puede recaer en su esposa. Tal

sucede cuando la mujer lo exige así para consentir en el matrimonio, á fin de tener en sus manos la ruptura, si el esposo le hace la vida insoportable. Esa especie de prenda, sirve ordinariamente para asegurar á la mujer que su marido no tomará otra ú otras esposas. En tales circunstancias claro está que el mandato es irrevocable si ha de ser eficaz la garantía. El mandato conferido á un tercero es siempre revocable.

XLII

La ley concede tambien á la mujer la facultad de repudiar al esposo, cuando este le ocasiona un perjuicio que el kadi califica de grave y suficiente. Para ejercitar este derecho formula la esposa su queja, que puede fundarse en ser el marido inhábil para el cumplimiento de sus deberes conyugales, en negarle los auxilios que la ley señala y en recibir de él malos tratos.

Tambien es perjuicio grave el que recibe la esposa al ser objeto del juramento *ihar* por parte de su marido, cuando asegura que no tendrá relaciones carnales con ella, valiéndose de esta comparación: *Serás para mí tan sagrada como la espalda de mi madre.*

El kadi, en vista de las pruebas aportadas, pronuncia su sentencia, que si es favorable á la repudiación produce la irrevocable disolución del matrimonio. Es practica corriente cuando la queja de

la mujer es la sevicia, acordar, para mejor proveer que los conyuges queden sujetos á observación por un plazo de dos ó cuatro meses. En la inmensa mayoría de los casos, siguiendo la corruptela de que se ha hablado en el número anterior, la mujer aunque justifique el perjuicio que alega, es condenada á indemnizar á su marido.

XLIII

El matrimonio puede disolverse, además del divorcio y la repudiación, por el juramento que el esposo profiere de no cohabitar con su mujer. Ese juramento, para ser eficaz, ha de referirse á un tiempo mayor de cuatro meses y á una esposa que no tenga hijos en lactancia. La disolución es siempre irrevocable.

XLIV

Finalmente, el juramento de adulterio, con arreglo á las prácticas koránicas, produce la disolución del matrimonio.

Los siguientes versículos establecen el procedimiento sacramental:

«Los maridos que con su solo testimonio, acusen de adulterio á sus mujeres, jurarán cuatro veces por el nombre de Dios que dicen la verdad. El quinto juramento será una imprecación sobre ellos si son perjuros.»

«La mujer se librá del castigo jurando cuatro veces que el crimen de que se le acusa es falso. Al quinto juramento invocará sobre ella la venganza del cielo si no es inocente.»

El juramento proferido por uno de los conyuges cuando el otro se niega á prestarlo, es decisivo. Si el marido y la mujer juran con sujeción al ritual el matrimonio queda disuelto tambien, pues la vida comun, por no haberse descubierto la verdad, se hace imposible.



TIERRA Y AGUA



Clasificación.—Bienes del Sultán.—Cesiones de usufructo.—Propiedad privada.—Aguas.

I

Los tratadistas dividen la tierra musulmana en tres categorías: islámica, que pertenece á los creyentes desde tiempo inmemorial; de conquista, adquirida por las armas, y de transacción, cuya propiedad corresponde á los infieles que se sometieron de buen grado á los hijos del Profeta en su belicoso apostolado.

II

Los terrenos de conquista están puestos por el estado fuera del comercio de los hombres, formando vinculaciones *habus* en forma análoga á las de carácter contractual que hemos de examinar.

III

Los bienes *habus* á que se refiere el número anterior están arrendados á los particulares.

IV

En Marruecos, el Jefe del Estado, con arreglo á los principios del *Charúa*, arrienda ó cede en propiedad ó en usufructo, los terrenos ó inmuebles que forman el patrimonio imperial.

El particular, casi siempre cherif ó morabito, que es objeto de una donación de usufructo, no puede transmitir el derecho á sus herederos, salvo que el acta de concesión de la gracia lo autorice á ello. Sin esa autorización los herederos vienen obligados á pedir para ellos la concesión.

La virtualidad de la donación termina con la vida del Sultán que hizo la gracia, siendo necesaria para subsistir la formal ratificación del sucesor en el Trono.

V

En la costumbre marroquí, es corriente que el Sultán ceda no solo el usufructo de terrenos, sino su propia jurisdicción sobre las gentes que en ellos viven, los cuales pasan á depender del concesionario. Esa cesión recibe el nombre de *azib* y se otorga á los cherifes únicamente.

VI

Además de la propiedad imperial y la de los particulares, existe la comunal, dedicándose generalmente á pastos los terrenos que comprende.

VII

La tierra baldía y sin dueño puede pasar á ser propiedad del que ponga en ella su trabajo con ánimo de adquirirla. De este modo el terreno muerto es vivificado por la labor del hombre que lo pone en condiciones de producir.

Enumeran los tratadistas los siguientes trabajos que pueden producir aquel efecto por constituir verdadera ocupación:

- 1.º Edificar en el terreno muerto.
- 2.º Plantar arbustos ó arboles y prestarles los cuidados necesarios para su arraigo.
- 3.º Roturar terrenos y sanearlos.
- 4.º Descubrir una fuente y ponerla en condiciones de aprovechar su agua.

VIII

Merced á la costumbre la propiedad privada se encuentra en Marruecos sujeta al régimen de indivisión.

La ley koránica no es comunista y consagra el principio de que el condueño no puede ser forzado á permanecer en la indivisión, salvo pacto en contrario, pero el uso sostiene el latifundio patriarcal y los bienes inmuebles pertenecen, más bien que á los individuos, á la familia de que forman parte.

Obedece esto al funcionamiento social de la tribu, formada por agrupación de familias cuyos in-

díviduos se encuentran estrechamente unidos para la mejor defensa de sus intereses, el más fácil cultivo de sus tierras, que rara vez dejan pasar á un extraño y la guarda de los numerosos rebaños si se trata de poblaciones nómadas.

Ayuda á mantener la indivisión el ejercicio del derecho de retracto que el Charáa concede á los comunistas para impedir la transmisión de la propiedad al extraño.

IX

En Marruecos no existen registros de propiedad inmueble particular.

Con sujeción á las prácticas admitidas por los comentaristas, cada predio debe tener su historial en un acta *aqd* عقد autorizada por los adules, en la cual consten todas las manos en cuyo poder haya estado. En realidad, abundan las fincas sin título alguno y cuando llega el caso de enagenarlas en forma legal, los adules para subsanar el defecto exigen la previa formalización de un acta de dominio *mulkia* ملكية en la cual se consignan los testimonios de varios dueños de inmuebles próximos al que se quiere dotar de titulación.

X

El dueño del suelo lo es del agua que brote en el mismo, Puede en su virtud disponer de ella y

negar su uso á otra persona. Sin embargo, la solidaridad musulmana exige ceder el sobrante al sediento y al cultivador, cuya cosecha corra el riesgo de perderse por sequía. Al dividirse un predio el uso del agua pertenece á cada uno de los conductos en proporción á sus parcelas.

La propiedad de los extranjeros.—El Acta de Algeciras.—Régimen de cosas inmuebles.

XI

Los extranjeros son admitidos en Marruecos al goce de la propiedad inmueble, con arreglo al artículo 60 del acta general de la Conferencia de Algeciras, que vino á confirmar, dándole mayor amplitud, el artículo 11 de la Convención de Madrid de 1880 y anteriores capitulaciones con España de 30 de Marzo de 1780, 1.º de Marzo de 1799 y 30 de Octubre de 1861.

XII

El Estado cherifiano no ha podido menos de rendir acatamiento al principio imperativo de que es preciso conceder á los súbditos extranjeros el ejercicio de los derechos civiles ó privados, ya que se les declare, como es lógico, incapaces de los políticos; pero en lo que toca á la propiedad de casas inmuebles, el Maghzen establece y las potencias europeas admiten por razones de utilidad y con-

veniencia del momento, importantes restricciones bien explicables, por otra parte, si se tiene en cuenta la situación del imperio moghrebino.

XIII

El citado artículo 60 del Protocolo de Algeciras, dice:

«Conforme al derecho que les ha sido reconocido por el artículo 11 de la Convención de Madrid, los extranjeros podrán adquirir propiedades en toda la extensión del imperio cherifiano y S. M. el Sultán dará á las autoridades administrativas y judiciales las instrucciones necesarias, para que la autorización no sea negada, sin motivo legítimo. En cuanto á las transmisiones ulteriores por actos intervivos ó mortis causa, continuarán haciéndose sin obstáculos.

En los puertos abiertos al comercio y en un radio de diez kilómetros en torno de los mismos, Su Majestad el Sultan concede de una manera general y sin que en adelante sea preciso obtener una para cada adquisición de propiedades por los extranjeros, el consentimiento exigido por el artículo 11 de la Convención de Madrid.

En Alcazar-Kebir, Arcila, Azemmur y eventualmente en las demás localidades del litoral ó del interior, la autorización general mencionada es tambien concedida á los extranjeros; pero solo para las adquisiciones que hayan de hacerse en un

radio de dos kilómetros alrededor de dichas poblaciones.

Donde los extranjeros hayan adquirido propiedades podrán edificar con arreglo á los usos y reglamentos.

Antes de autorizar la redacción de las actas de transmisión de la propiedad, el kadí deberá asegurarse, conforme á la ley musulmana, de la regularidad de los títulos.

El Maghzen designará en cada una de las ciudades ó circunscripciones indicadas en este artículo el kadí encargado de hacer la comprobación.»

XIV

La anterior declaración de las Potencias, «tolera» la necesidad del previo permiso para adquirir en Marruecos cosas inmuebles. El fundamento de esa limitación del derecho se encuentra en el estado del país.

El Sultan intentó inutilmente que los plenipotenciarios de Algeciras suspendieran el ejercicio del derecho de propiedad de los extranjeros en el interior del Imperio, lo que habria significado una regresión, y á este efecto escribió una carta á sus delegados en la cual les decía: «Cuando las reformas financieras y militares se hayan realizado y la seguridad y la tranquilidad reinen en las poblaciones, no será difícil poner en práctica el ejerci-

cio de ese derecho en el resto del país de una manera gradual, si Dios lo quiere.»

XV

La propiedad inmueble de los extranjeros en Marruecos se rige por la ley de situación, la ley *reisitae* del derecho internacional privado.

Su régimen es por tanto marroquí; su norma el derecho musulmán, según lo que el Protocolo prescribe.

XVI

La ley de situación decide si las cosas están en el comercio, si carecen de dueño y son susceptibles de ocupación, como se adquieren y transmiten y cuales son los requisitos de la prescripción adquisitiva, etc., etc.

XVII

La ley personal seguirá al adquirente extranjero á Marruecos y por lo tanto ella regulará la capacidad para obligarse y la disposición de sus bienes por actos *intervivos* ó *mortis causa*.

XVIII

En cuanto á la forma de los contratos, dejando en vigor lo convenido en Madrid, consagra como se ha visto el principio de *locus regit actum*.

Forma de adquirir.—La autorización gubernativa.—El acta de la venta.

XIX

La propiedad inmueble pasa del dueño marroquí á manos del europeo, mediante el contrato de compraventa y para otorgarlo se necesita la previa autorización del Bajá, si se trata de los territorios no comprendidos en el artículo 60 del Protocolo.

El Bajá, cumpliendo las instrucciones que el Sultán tiene ofrecido dar, no podrá negar aquella autorización sin motivo legítimo.

XX

Interviene el Bajá en el contrato en el doble concepto de permitir que se otorgue y velar por la integridad del patrimonio imperial, evitando que las transmisiones lo cercenen y manteniendo en todos momentos el debido deslinde entre los bienes del Sultán y los pertenecientes á los particulares.

Dedúcese de aquí, que aun cuando se trate de las zonas en las cuales la autorización de adquirir está otorgada de un modo general, no puede prescindirse de la intervención del Bajá, quien si no es necesario para conceder un permiso que ya

está concedido, ha de cumplir la otra misión de defender el patrimonio del Soberano.

XXI

El consentimiento de vendedor y comprador se expresa ante los *adules*, testigos que pudiéramos llamar profesionales y que están autorizados por el kadi para dar solemnemente fé de las manifestaciones que las partes hacen ante ellos, de las estipulaciones que se concluyan, de la naturaleza, extensión y linderos de la finca vendida, del precio y su entrega, de todo lo referente al contrato, menos de la capacidad de los otorgantes, función jurídica que no les compete.

XXII

Los *adules* se constituyen con un representante del Bajá en el terreno ó edificación de cuya venta se trata y proceden á describirlos en el acta.

XXIII

Extendida el acta y firmada por los *adules* pasa el documento á manos del kadi, que según el acta de Algeciras es el encargado de asegurarse de la regularidad de los títulos que el vendedor ostenta.

El funcionario judicial examina el historial del inmueble y cuando resulta que su dominio es le-

gítimo y con arreglo á los principios del *Charáa* el dueño puede enajenarlo, consigna su aprobación en el acta á la vez que legaliza las firmas que en ella pusieron los *adules* garantizando su autenticidad.



RÉGIMEN CONTRACTUAL

CAPACIDAD

Educadles (á los hijos) hasta que estén en edad de contraer matrimonio y cuando les juzgueis capaces de conducirse bien, entregadles la administración de sus bienes y guardaos de hacerlo cuando sean demasiado jóvenes.

KOR. c. IV v. 5.

Pubertad.—Tutela.—En ejercicio.—Los enfermos.—Los pródigos.—Los insolventes.—Los esclavos.—Los ébrios.

I

Con la pubertad adquiere el varón musulmán la libre disposición de su persona, si bien continúa sujeto á la patria potestad con todas sus relaciones de dependencia.

En cuanto ó los bienes, áun siendo púber, no puede disponer de ellos quedando sometido á la

tutela de administración, que puede ser ejercida por el padre, por la persona nombrada en testamento y por la designada por el kadí.

II

El tutor se encuentra armado de un poderoso veto contra los actos del pupilo. Si este á pesar de su falta de capacidad legal dispone de sus bienes á título oneroso, el tutor teniendo en cuenta su interés rompe el contrato ó lo ratifica según haya producido perjuicios ó ventajas.

Cuando el pupilo dispone á título gratuito el tutor invoca la nulidad del convenio.

III

Si la intervención del tutor no tiene lugar por su desconocimiento de los actos del pupilo, la ley concede á éste el beneficio de revisar, al salir de la tutela, las obligaciones que contrajo para afirmarlas ó rechazarlas si hubiesen causado merma en sus intereses.

IV

La tutela de administración cesa al llegar el varón á la plenitud intelectual, requiriéndose un acto solemne del tutor en que así lo declare.

V

En la hembra no produce ningún efecto el advenimiento de la pubertad. La inferioridad del sexo hace que la mujer púber se equipare al varón impúber tocante á la disposición de su persona que no logra sino mediante el matrimonio consumado.

VI

Adquiere la mujer la disposición de sus bienes mediante la declaración de su capacidad intelectual posterior á la consumación del matrimonio y, si se prescinde de tal formalidad, al año de su vida marital.

VII

Libre la mujer casada de la tutela no puede, sin embargo, disponer á título gratuito más que del tercio de sus bienes. La ley vela por los derechos del marido, que según veremos en el tratado de las sucesiones, es su presunto heredero.

VIII

El varón y la hembra mientras conservan su cualidad de pupilos obligan á los demás y no se obligan.

No confieis á los cuidados de un insensato los bienes cuya guarda os confió Dios.

KOR. C. IV v. 4.

Que el tutor rico se abstenga de tocar los bienes de sus pupilos. El que sea pobre podrá usar de ellos con discreción.

KOR. C. IV v. 6.

El tutor al rendir cuentas llamará á dos testigos. Dios será juez de sus acciones.

KOR. C. IV v. 7.

IX

El padre y en su defecto la madre pueden nombrar en testamento uno ó varios tutores para sus hijos.

X

Esa facultad corresponde al padre en todos los casos y al usarla prolonga el ejercicio del poder que le corresponde como jefe de la familia.

XI

La mujer solo puede designar tutor cuando el patrimonio del incapaz es de procedencia materna, no tiene importancia y no existe padre ó éste no ha efectuado la designación.

El tutor testamentario *uacî* وصى ejerce en virtud del mandato recibido y bajo la jurisdicción y vigilancia del kadî, la patria potestad sobre el pupilo, administrando sus bienes á condición de rendir cuentas.

XIII

Para enagenar los bienes del pupilo necesita el tutor justificar la necesidad ó la utilidad de la venta ante el kadî, quien ha de conceder su autorización.

XIV

En caso de existír pluralidad de tutores obran todos mancomunadamente y las decisiones han de ser tomadas por unanimidad. Si hay diferentes pareceres el kadî dirime la discordia.

XV

El tutor testamentario puede nombrar quien le suceda al ordenar su última voluntad.

XVI

No existiendo tutor testamentario el kadî guarda la persona y los bienes del pupilo, designando un delegado que le represente.

XVII

El enfermo con riesgo de muerte experimenta una merma en su capacidad á causa del derecho eventual de sus herederos. Puede contratar, pero no disponer libremente de sus bienes á título gratuito, pues esa facultad se estima muy peligrosa por los jurisconsultos, ya que podía violar las disposiciones de la Ley sobre actos mortis causa.

Únicamente dispone el enfermo grave, en aquel concepto, del tercio de sus bienes y lo propio que al enfermo ocurre al que tiene su vida sériamente amenazada, como acontece en tiempo de guerra ó epidemia.

XVIII

El declarado pródigo, aunque dueño de su persona, no lo es de sus bienes y, como el loco, queda sujeto á la tutela.

XIX

El insolvente desde que es así declarado por el kadi pierde su capacidad contractual y nada puede poseer, gozando únicamente la pensión alimenticia que sus acreedores le señalen, durante el plazo que se haya fijado. No obstante, el insolvente está autorizado para afrontar los gastos de la peregrinación á la Meca.

XX

El esclavo no puede contratar, pues carece de personalidad, estando solo facultado para hacer por tolerancia de su dueño y de la ley, los gastos necesarios para su subsistencia cuando no se encuentra en la morada de aquel. Si algo adquiere lo hace para su señor.

La esclavitud no es en Marruecos opresora y los que la sufren son tratados con suavidad en el hogar doméstico. Dáseles la misma consideración que á los criados y con frecuencia las esclavas negras son las concubinas del jefe de la familia, pues los marroquíes tienen preferencia por las mujeres de color. Siendo un acto muy recomendado por la ley religiosa la liberación de los esclavos, estos son fácilmente redimidos por la voluntad del dueño.

XXI

El ébrio se obliga si la embriaguez no es completa; así, dicen los comentaristas, recibirá el castigo de sus excesos con el perjuicio que ha de experimentar.

COMPRAVENTA

البيع والشرا

«Los que practican la usura, saldrán de sus tumbas como desgraciados agitados por el Demonio porque han dicho que no existe diferencia entre la venta y la usura. Dios ha permitido la venta y prohibido la usura.»

KOR. c. II v. 276.

Consentimiento. — Coacción, error y dolo. — Condiciones de la cosa vendida. — Precauciones.

I

Este contrato, engendrado por el consentimiento, puede ultimarse de palabra, por escrito, por actos y por el gesto.

Cualquiera que sea el procedimiento empleado, es preciso que no quepa ninguna duda acerca de la intención de los contratantes.

Recomiendan los tratadistas el uso del imperativo y del pretérito en la demanda y en la aceptación al expresar verbalmente el consentimiento para que este aparezca con la debida claridad.

Cuando no suceda así, el contratante cuya palabra haya sembrado la duda, deberá despejarla,

prestando juramento. Mientras tanto el contrato no es obligatorio.

II

Opónense á la libertad del consentimiento la coacción, el error y el dolo.

III

Para que la coacción produzca la nulidad del contrato por defecto en el consentimiento es menester que se ejerza arbitrariamente. La que se lleva á efecto por ministerio de la ley, de ningún modo puede constituir un vicio, como sucede en los distintos casos de venta forzosa.

IV

El que fuerza á otro á que le venda una cosa, debe restituirla á su dueño y este devolver el precio.

V

El error padecido al prestar el consentimiento, vicia al contrato de nulidad. En cambio, cuando se ha sufrido sobre el objeto de la compraventa, esta, en general, resulta solo imperfecta ó anulable.

VI

En el dolo hay que distinguir entre el bonus y

el *malus* de los romanos. El primero es lícito porque no es posible privar al vendedor del derecho á hacer todo lo honestamente posible para obtener un mayor precio y al comprador de poner los medios que le conduzcan á pagar el *mínimum*.

El *malus* ó dolo propiamente dicho, siempre que se demuestre que ha sido causa del consentimiento de una de las partes, si bien no produce ipso facto la nulidad de la compraventa, dá á la perjudicada acción para optar entre la revisión ó la validez del convenio, siendo por lo tanto, aplicable lo que hemos consignado al hablar del error que se sufre sobre la naturaleza de la cosa.

VII

De la falta de equivalencia entre la cosa y su precio resulta la lesión para el comprador ó vendedor. El derecho musulmán, cualquiera que sea su importancia, no la admite como vicio del contrato, salvo cuando el perjuicio aparece relacionado con la imperfección de la capacidad contractual, de conformidad con lo que se deja expuesto al tratar de la disposición de los bienes de los *alieni juris*.

VIII

La cosa que se vende debe ser pura no prohibida disponible, útil y cierta.

Nada de cuanto el libro sagrado llama inmundo, puede ser objeto de la compraventa.

En el versículo 6.º del capítulo 5.º, *La mesa*, dice Mohamed: «Te preguntarán (los fieles) que les está permitido. Respóndeles: todo lo que no es inmundo.»

Y luego añade: «La alimentación de los judíos os es lícita.»

Así pues, los animales muertos (versículo 4.º capítulo 5.º) la sangre, la carne de puerco, los animales estrangulados, etc., son objetos que no pueden venderse ni aun poseerse, porque el precepto religioso lo impide.

IX

Algunas cosas puras no pueden, sin embargo, ser vendidas, especialmente cuando se destinan á fines religiosos.

El creyente no está autorizado para vender al infiel un ejemplar del Koran, el rosario que emplea en sus rezos, las armas que tiene para la guerra, ni el perro que ha educado para la caza ó la guardería.

Esta última prohibición alcanza á la venta del musulman al musulman.

X

El objeto de la compraventa ha de estar á la dis-

posición del vendedor. Lo primero que es menester para enagenar una cosa es poseerla.

De esa suerte no hay posibilidad de vender el animal doméstico que ha escapado del poder de su dueño.

XI

La venta de la cosa ajena no puede lograr perfección, salvo el caso de mandato, sin la ratificación del propietario, siendo nula cuando no la concede.

XII

Por último, la cosa debe ser *determinada* y el derecho islámico, enemigo irreconciliable del azar, dá reglas minuciosas para evitar la falta de precisión en el objeto de la compraventa, encareciendo la necesidad de que cuando los contratantes presenten su consentimiento, sepan á qué atenerse en cuanto á la esencia, calidad y cantidad de lo que venden y compran.

A pesar de esto se toleran las ventas en globo y las de cosas que no están á la vista del comprador, pero entiéndase que solo se *toleran*, y esto, cuando concurran los requisitos que se marcan.

XIII

La venta en globo (ó sin medida) necesita para ser tolerada:

- a) Presencia de la cosa.
- b) Cantidad, ni muy grande que impida el cálculo, ni muy pequeña que haga ociosa la venta en globo.
- c) Desconocimiento de la cantidad respecto á comprador y vendedor.
- d) Pericia en los contratantes.
- e) Homogeneidad en la substancia.

XIV

La compraventa de cosas que no estén á la vista del comprador, exige:

- a) Ausencia de la cosa ó dificultad de su examen estando presente.
- b) Noticia de la calidad y cantidad de la cosa por parte del comprador mediante muestra, vista anterior ó descripción, ya escrita, ya verbal.

XV

Los vicios graves hacen la compraventa nula; los leves la definen simplemente imperfecta ó anulable.

Puede ser imperfecta la venta por:

- 1.º Dejar intervención decisiva á la suerte, convirtiéndose el contrato en aleatorio.
- 2.º Existencia de error solo en el caso de que la compraventa se haya efectuado mediante intermediario.

3.º Presencia del dolo en casos en que no llegue á producir la nulidad.

4.º Existencia de lesión cuando la sufre un incapaz.

5.º Estipulaciones, no esenciales, contrarias al fin del contrato.

XVI

El derecho islámico, inspirado siempre en espíritu de alta desconfianza, ha previsto el caso de que una compraventa lícita puede producir una consecuencia prohibida y en este sentido no concede validez:

1.º A la recompra de la cosa vendida hecha por el vendedor á menor precio, antes de ser satisfecho el primitivo, porque la operación resulta inmoral.

2.º A la compra que el comisionista hace para el comitente si aquel cede á este á plazo la cosa que ha adquirido al contado, pues en este caso y en otros que pueden presentarse aparece un préstamo con interés, disfrazado de simple mandato.

Condiciones suspensiva y resolutoria. — Los riesgos. — Cosas accesorias. — Precio anticipado

XVII

Al concertar la venta pueden reservarse el com-

prador, el vendedor ó los dos á la vez, el derecho de ratificar ó denunciar el contrato en el plazo señalado por la ley ó la costumbre.

La venta en que se haga esa reserva, entiéndese convenida bajo una condición suspensiva que detiene la eficacia del contrato hasta que expira el plazo.

XVIII

Tratándose de cosas muebles ó semovientes, el tiempo máximo en que el contrato puede tenerse suspenso es tres días. En los bienes inmuebles el plazo es una luna.

De este modo los contratantes tienen tiempo para enterarse á su satisfacción de la calidad de la cosa vendida y su relación con el precio.

XIX

En cuanto á la acción resolutoria que al comprador compete cuando recibe la cosa con disminución en su cantidad ó calidad, los preceptos del derecho musulmán son análogos á los del derecho español en los artículos 1484 y siguientes del Código Civil.

XX

Los tratadistas, enamorados de la previsión jurídica, presentan largas listas de vicios redhibi-

torios que puedan dar lugar al ejercicio de la referida acción, pero no les seguiremos en su casuismo, aunque escrupuloso, siempre deficiente.

XXI

Si el objeto vendido con vicio oculto experimenta en manos del comprador un nuevo daño ó por el contrario recibe una mejora, en el primer caso el comprador puede optar entre mantener el contrato mediante una reducción en el precio ó anularlo, indemnizando al vendedor.

En caso de mejora está autorizado para conservar la cosa haciéndose indemnizar ó para provocar la resolución del contrato convirtiéndose en copartícipe de aquella en proporción á la mejora.

XXII

Cuando la cosa que tenga vicio anterior experimenta en manos del que la adquiere daño y provecho á la vez, se compensan ambos si su equivalencia lo consiente, acudiéndose si no á la indemnización.

XXIII

El vendedor está obligado á la entrega de la cosa y á su saneamiento en caso de evicción. Si esta se presenta por más de la mitad de la cosa, el contrato, falto de objeto, es nulo, pero cuando solo

afecta á menor porción proindivisa, el comprador puede optar entre que se mantenga la venta por el resto ó pedir la rescisión recuperando el precio que entregó.

XXIV

Distinguen con gran cuidado los jurisconsultos del Charáa la propiedad de la posesión de la cosa y de ahí resulta que cuando la compraventa es pura y perfecta, la cosa vendida pasa á ser de la propiedad del comprador por la sola virtualidad del contrato sin necesidad de prévia tradición real ó simbólica.

Únicamente no se transmite la propiedad de la cosa por la propia virtualidad del contrato, aun siendo esto perfecto, cuando aquellas son de las que se enajenan por número, peso ó medida, pues requiérese que esta verificación haya sido efectuada.

XXV

De la distinción entre poseerla y ser dueño de una cosa deducen los comentaristas las siguientes reglas para el riesgo:

1.^a En la compraventa perfecta el riesgo es del comprador desde el consentimiento, salvo que el vendedor retenga la cosa en su poder por no haber recibido el precio, se constituya en mo-

ra respecto á la entrega de aquella ó haya que contar, medir ó pesar y no se haya hecho todavía así.

2.^a En la compraventa de cosas que no están á la vista impera la regla anterior para los inmuebles, pero en los muebles el vendedor queda sujeto al riesgo hasta la tradición.

3.^a En la compraventa imperfecta el riesgo es también del vendedor hasta la tradición.

4.^a Cuando la venta se conviene bajo condición suspensiva hay que distinguir si versa sobre cosas que son susceptibles de ocultación por el comprador y cosas en que esto no es posible. En ambos casos el riesgo es del comprador, pero en el primero está obligado á probar el caso fortuito para librar su responsabilidad y en el segundo basta su juramento.

5.^a Si há lugar á la resolución del contrato el riesgo es del vendedor desde que consiente en rescindirlo ó desde que el vicio de la cosa se hace patente.

XXIV

La entrega de la cosa al comprador debe alcanzar á todos sus accesorios, salvo lo que las partes hayan convenido.

A falta de estipulación expresa la dispone:

1.^o Que el que adquiere un terreno adquiere sus construcciones y plantaciones.

2.º La venta de un edificio significa la del suelo con todo cuanto es necesario para su disfrute.

3.º Si se compra un árbol se compra el suelo en que tiene sus raíces y los frutos no granados.

4.º El animal lleva consigo sus productos naturales, pero no sus crías.

5.º Si lo que se vende es una cosecha no tiene derecho el comprador al rebrote.

XXIII

Aunque rodeándola de todo género de precauciones contra el azar, admite el Charáa la venta de las cosas inciertas con anticipo de su precio. En este caso el contrato se llama *selem* سليم y consiste en la compra de una cosa futura mediante el pago de su precio en el momento de la convención, siendo preciso para su validez.

A. Señalamiento de la época en que la cosa ha da ser entregada.

B. Determinación de la cosa en cantidad y calidad.

C. Que la cosa no esté exceptuada, en la inteligencia de que el derecho islámico declara excluidas todas aquellas que no son susceptibles de determinación ó que su adquisición por parte del vendedor es difícil. Como se vé el *selemen* constituye respecto al vendedor la promesa de venta admitida por el artículo 1451 del Código civil en

relación con el 1271, si bien media la no pequeña diferencia de la percepción anterior de su precio.

PRÉSTAMO

سليم

Carácter gratuito.—Formas

I

En el Derecho musulmán el préstamo es siempre gratuito y basta la menor apariencia de interés para que el contrato sea nulo.

II

El prestatario puede optar entre la devolución de la misma cosa prestada, resultando un verdadero comodato, ó su equivalencia en cosas de la misma especie y valor lo que constituye el préstamo propiamente dicho.

III

La devolución de la cosa ha de efectuarse en el plazo estipulado ó antes de que espire y á falta de determinación convencional servirá de norma la costumbre. Pueden ser objeto del contrato de préstamo todas las cosas no exceptuadas de la venta, *selem*.

PRENDA

الرهنان

Fisonomía del contrato.—Gastos.—Venta.—Anticresis.

I

Sobre si la prenda es esencialmente en derecho musulmán medio probatorio de una obligación principal ó garantía de la misma, han discutido mucho los expositores; pero los límites estrechos de este trabajo no permiten examinar los argumentos aportados en pro ni en contra de esas afirmaciones. Basta consignar que para nosotros, más que atestiguar la existencia de la obligación, lo que hace en la práctica la cosa dada en prenda es asegurar su cumplimiento, aunque otro sea el espíritu del versículo 283, cap. II del Koran, cuando dice:

«Si estáis en viaje y no hay persona que fije por escrito la obligación, tomad una prenda.»

II

Pueden ser objeto de prenda los créditos y todas las cosas susceptibles de compraventa, remitiéndonos en este lugar á cuanto expusimos al tratar de aquel contrato.

III

Cabe entregar en prenda las cosas ajenas, pero en tal caso es necesario para la validez del contrato que éste sea ratificado por el propietario de aquellas.

IV

Si la prenda consiste en metálico, exigen los jurisconsultos, á fin de que el contrato conserve su carácter distintivo, que el dinero se guarde con determinadas precauciones, de tal suerte que no quepa su sustitución. En la práctica se coloca el dinero bajo sello.

V

El acreedor tiene derecho á mantener la prenda en su poder, si no se ha convenido en que la conserve un tercero, y á provocar su venta para hacerse cobro en caso de incumplimiento de la obligación que garantiza, siendo nula cualquiera estipulación que se oponga á dichas facultades.

VI

Los gastos que origine la conservación de la prenda son de cuenta del deudor, y el acreedor tiene derecho al reembolso de lo que haya pagado por aquel concepto, siempre que se demuestre la utilidad de dichos gastos.

VII

Como el deudor al entregar una cosa en prenda no pierde su propiedad, percibe los frutos y soporta los riesgos.

VIII

Lo mismo que en el derecho español sucede, en el musulmán la prenda es indivisible y el pago de parte de la deuda no extingue proporcionalmente su garantía.

IX

La venta de la prenda ha de ser autorizada por el Kadí, bien á instancia del deudor antes de espirar el plazo de la obligación principal ó á solicitud del acreedor después del vencimiento.

X

En caso de litigio sobre el importe del crédito asegurado por la prenda, el valor de ésta, unido á la prueba de juramento y testifical, sirve para fijar la cuantía de la deuda.

XI

Cuando se entregan en prenda bienes inmuebles, el contrato se convierte casi siempre en anticresis de uso muy frecuente entre los agricultores marroquíes.

En el derecho islámico no existe el contrato de hipoteca, y los que necesitan tomar dinero con la garantía de fincas vense obligados á apelar al recurso indicado en el número anterior, entregando dichos bienes á sus acreedores para que se reintegren con sus productos del capital que anticiparon.



ARRENDAMIENTO

الكراء

Generalidades.—Cosas susceptibles de arrendamiento.—Contratos especiales.

I

Pueden arrendarse los bienes muebles ó inmuebles, las obras y los servicios.

II

El contrato requiere únicamente para su existencia que conste el consentimiento de las partes, sea cualquiera la forma en que se haya expresado.

III

Cuanto se halla en el comercio de los hombres puede ser arrendado, así como toda clase de servicios, siempre que se dé la condición de utilidad.

IV

Admítase al arrendamiento el servicio que consista en la enseñanza de los versículos del Koran, apesar del carácter religioso de la ocupación. En cambio no cabe arrendar el mismo servicio por lo

que toca a las obras de los comentaristas del derecho, compilaciones de los hadits del Profeta y tratados de gramática, retórica é historia.

Es curioso el fundamento de esta restricción. La fé musulmana—razonan los autores—hará que todos busquen la luz koránica, pero el afán de lograr instrucción profana retrocederá seguramente ante la obligación de hacer gastos para adquirirla.

V

Tampoco es susceptible de retribución el ejercicio del arte de la música. Este servicio se gratifica, pero no se paga.

VI

El arrendamiento de cosas, muebles, obras y servicios recibe el nombre genérico de *Iyara* اجارة y el arrendatario no responde de riesgos con relación á lo arrendado, siendo creída su palabra, que en todo caso ratifica con juramento, cuando afirma que la cosa ha perecido.

VII

Admítese que el precio del arrendamiento se satisfaga según lo convenido en metálico ó en especie, pero es principio general que no consista en una parte del producto de la cosa ó el servicio,

VIII

Necesita la nodriza para obligarse especial autorización de su marido, y éste se compromete á no tener con ella contacto carnal ni á llevarla consigo en sus viajes mientras dura la prestación del servicio.

IX

A falta de estipulación en contrario, comprométese la nodriza únicamente á amamantar al niño, no siendo de su cargo la limpieza y demás necesidades.

Los comentaristas consignan larga serie de causas en virtud de las cuales los padres del niño pueden pedir la rescisión del contrato. Así sucede cuando la nodriza muestra un apetito tan extraordinario que su remuneración resulta excesiva. Son también motivos de rescisión el embarazo de la nodriza y el hecho de haber dado sus pechos á otro niño.

X

En el contrato de guardería de ganado es de importancia suma que aparezca con claridad si el pastor se obliga á la vigilancia y cuidado de un rebaño que solo se determina por el número de cabezas ó se trata un rebaño perfectamente deter-

minado, de suerte que se sepa cuáles y cuál uno son los animales que lo componen.

En el primer caso, el dueño ha de obligarse forzosamente á reemplazar los animales que mueran ó desaparezcan, para que siempre haya el debido equilibrio entre el servicio y su precio.

XI

No está obligado el pastor á guardar el producto del rebaño, salvo que así se haya convenido ó lo exija la costumbre.

XII

El pastor responde solo de los daños que los animales confiados á su custodia sufran por culpa ó negligencia, y su palabra hace fé cuando asegure que se vió obligado á sacrificar con arreglo al ritual una res próxima á perecer, á fin de que de ese modo la carne fuese pura y comestible, pues de otra suerte la ley religiosa impediría el aprovechamiento de la misma.

XIII

La única especialidad que el arrendamiento del servicio de transporte ofrece es que el precio puede consistir por excepción al principio general en parte de las cosas transportadas.

XIV

El casuismo á que los jurisconsultos musulmanes son tan aficionados, llega en materia de transportes á previsiones verdaderamente peregrinas, como esta: el dueño del medio de transporte está obligado á conducir sin aumento de retribución al niño que nace en viaje.

Arrendamiento de fincas.—Tierras de regadío y de secano.

XV

El precio del arrendamiento de fincas rústicas y urbanas se entiende distribuido entre los diferentes periodos, años, meses, semanas y días, que comprende el plazo estipulado.

XVI

En este contrato no cabe tampoco que el precio sea una porción del producto de la tierra, salvo cuando se trata de la que está destinada al aprovechamiento de bosque, pues en ese caso se tolera que la retribución al propietario se haga en maderas.

XVII

Los derechos y obligaciones de arrendante y arrendatario nacen desde que el último es puesto

en la posesión temporal del terreno ó edificación. Despréndese de aquí, que el deber de pagar al arrendante la totalidad del precio convenido se produce al tomar posesión el arrendatario. La costumbre, sin embargo, le permite hacer el pago en cuotas sucesivas, correspondientes á los periodos que vayan transcurriendo.

XVIII

Si durante el contrato la finca urbana experimenta una disminución en su utilidad, la ley dá acción al arrendatario para pedir que el precio disminuya en la misma medida ó la rescisión del arrendamiento. Obedece esto á la necesidad de evitar en todos los momentos la exagerada ganancia del propietario, lo que podríamos llamar la usura del inquilinato.

XIX

El principio de que la cosa arrendada ha de ser útil se halla mantenido en toda su pureza en el arrendamiento de predios rústicos. La tierra de regadío se supone siempre útil, esto es, capaz de producir; la tierra de secano, mientras no reciba las aguas pluviales indispensables, se estima estéril y no puede ser objeto de arrendamiento, resultando de aquí que, aun formalizado el contrato, no tiene el arrendatario obligación de satisfacer la renta ó

retribución mientras el predio no se haya puesto por la acción del agua en condiciones de fecundidad.

XX

El arrendatario corre el riesgo de pérdida de la cosecha por caso fortuito, sin que le libre del pago de la renta, pero si la pérdida ha sobrevenido por motivos imputables á las condiciones del suelo nada deberá al arrendador.

XXI

El arrendamiento de tierras de secano hecho por un año termina con la recolección, por ser imposible el cultivo intensivo. Si se trata de tierras de regadío es menester contar los doce meses del año.

FIANZA

الضمان

I

El contrato de fianza no ofrece particularidades dignas de mención en cuanto á la capacidad de los contratantes, efectos de la fianza y obligaciones entre el fiador, acreedor y deudor.

Únicamente merece notarse que es admitida la fianza mediante la cual el fiador responde con sus bienes de que un deudor ha de mantenerse al alcance de su acreedor, cuando llegue el caso de reclamarle el pago ó se compromete á buscarle cuando haya desaparecido.

COMPENSACIÓN

I

El modo de extinción de las obligaciones que define el artículo 1195 de nuestro Código Civil es siempre en el Charáa un verdadero contrato que recibe el nombre de *Mocassa*, sin que la cesación de créditos que significa se verifique nunca por ministerio de la ley.

II

La compensación exige igualdad absoluta en los derechos y obligaciones sobre que versa, de tal suerte, que no produzca ventaja para una de las partes con perjuicio de la otra, lo que haría el contrato usurario.

MANDATO

وكالة

Clases.—Mandato legal.—Responsabilidad.

I

Puede el mandato ser general ó especial. El primero dá facultad para hacer en representación del mandante, lo ventajoso y lo desventajoso; pero es menester que se exprese así de un modo terminante la intención de quien lo confiere, pues el silencio sobre tan sustancial extremo se interpreta en sentido de que el mandato solo se otorga para lo ventajoso.

II

Los expositores subdividen el mandato especial en completo y limitado, según que dentro de las facultades conferidas se deje al mandatario la libertad de obrar ó se le den instrucciones concretas, que se vea obligado á seguir.

III

En derecho musulmán existen mandatos conferidos por la ley, sin contar con la voluntad de aquel cuya representación se ha de ostentar. Aparte el mandato nupcial que el *wali* cumple, tienen

aquel carácter el del hermano para administrar los bienes que posee proindiviso con su hermana y el que tiene todo musulmán para obrar en provecho de sus parientes ausentes.

IV

La ley impide al musulmán otorgar su representación á un infiel para obrar contra un creyente; pero admite el caso contrario apoyándose en la necesidad de defender la fé por todos los medios.

V

El mandatario responde únicamente de los perjuicios que su gestión ocasione interviniendo dolo, negligencia manifiesta ó extralimitación de facultades.

VI

En el último caso del párrafo anterior, el mandante puede optar entre ratificar lo hecho por el mandatario ó pedir su nulidad al kadi.

VII

El mandatario está relevado de toda prueba cuando alega que las cosas, cuya administración se le había confiado, han perecido, porque, deduciéndose siempre del otorgamiento del mandato la

plena confianza del mandante en el mandatario, debe este estar colocado en situación privilegiada en sus contiendas con aquel, según afirman los malekitas.

VIII

El mandato especial no puede sustituirse sin autorización del mandante, pero si el general, pues no especificándose las facultades, se entiende comprendida, como una de las más convenientes, la de sustitución de poderes.

DEPÓSITO

وديعة

Caracteres.— Irresponsabilidad.— Devolución.

I

Este contrato, que los jurisperitos del Islam llaman *mandato de guarda de cosa mueble*, nace desde que se presta el consentimiento de las partes; pero para ser perfecto necesita la tradición.

II

La solidaridad musulmana se manifiesta poderosa, firmísima en materia de depósito. Todo creyente está obligado á aceptar la guarda que se le confía cuando de su negativa pueda resultar perjuicio para el depositante.

III

La irresponsabilidad del depositario es la regla; la responsabilidad la excepción. Es exigible esta en caso de dolo, culpa ó negligencia. Entre las culpas que el depositario puede cometer figura la que consiste en guardar la cosa, contra las instrucciones recibidas, en tal forma que pueda llamar la atención de los ladrones. Tal sucede cuando el depositario toma precauciones exageradas

colocando, por ejemplo, la cosa bajo llave, habiéndosele encargado que no lo hiciera.

IV

Cuando se trata de una cosa no fungible, el depositario ha de devolver la misma que recibió. Si es fungible, solo el insolvente está obligado á no consumirla.

SOCIEDAD

الشركة

Importancia.---Sociedad legal.--- Administración.---Sociedad comercial.

I

La mutua ayuda que los creyentes están obligados á prestarse por precepto religioso, constituye la base de la vida musulmana, vida que es toda unión, enlace y solidaridad.

Por esta causa alcanza suma importancia en el jus islámico el contrato de sociedad, cuyo uso es frecuentísimo, pues hasta para la realización de fines á que un hombre puede llegar fácilmente por sí mismo, busca el musulmán la comunidad del esfuerzo y el ageno auxilio.

II

La ley koránica, más transigente que lo que pudiera creerse, tolera la asociación del creyente con el infiel; pero al mismo tiempo recomienda al primero que no lo verifique ante el temor de que aquel viole las disposiciones que impiden el lucro ilícito y el comercio de las cosas impuras.

III

Nace la sociedad desde que el consentimiento se

expresa, excepto en las asociaciones agrícolas que requieren un principio de ejecución, según se expresará en el lugar correspondiente.

IV

El contrato de sociedad, de naturaleza puramente consensual, es impuesto, sin embargo, en alguna ocasión por ministerio de la ley. Tal sucede cuando el comerciante establecido de un modo permanente en un mercado musulmán ve llegar junto á él á un vendedor forastero. Este en tal caso se ve forzado á constituir sociedad con aquel para la expendición de artículos análogos.

V

Pueden ser puestas en común todas las cosas de lícito comercio, observándose las reglas consignadas al hablar del contrato de compraventa.

VI

La administración de la sociedad puede corresponder á los socios, mancomunada ó solidariamente.

VII

La solidaridad de los socios, en cuanto á los actos de administración, se presume y solo el pac-

to expreso en contrario establece la necesidad de acuerdo común para la validez de dichos actos.

VIII

El socio solidario compromete con su gestión á la sociedad siempre que se trate del cumplimiento del fin propuesto, con la excepción de comprar á crédito.

IX

En la sociedad comercial *Kirát* الفراض llamada por algunos expositores, no sin razón, comandita, los socios capitalistas entregan sus artículos y nunca su dinero, aunque sí barras de plata y pepitas de oro, al socio gestor para que persiguiendo un lucro lleve á cabo operaciones mercantiles.

X

Son condiciones indispensables para la validez del contrato: que las cosas constitutivas del capital estén suficientemente determinadas; que se hayan entregado realmente al gestor y que se fije al constituir la sociedad la proporción en que cada socio ha de participar del beneficio. Este no puede ser nunca una cantidad señalada de automano.

XI

El socio comanditario ó gestor ha de ser único;

pero podrá emplear en el desarrollo del negocio los trabajadores asalariados que le sean necesarios.

XII

Nada se opone á que una misma persona forme parte de diferentes sociedades en concepto de socio comanditario encargándose de realizar á la vez los fines de todas ellas.

XIII

No existiendo pruebas en contrario, el gestor es creído bajo juramento sobre la pérdida ó avería de las cosas que se le confiaron y sufre los perjuicios obtenidos en el tráfico.

**Sociedad agrícola.—Condición para su validez.
—Asociación por la “quinta,,.**

XIV

En la sociedad agrícola, los contratantes aportan tierra, dinero, semillas y trabajo.

Siempre enemigos del azar, los jurisconsultos exigen que este contrato haya empezado á ejecutarse para admitir su validez. Solo á ese precio aceptan la temida indeterminación de las cosechas,

XV

Las asociaciones agrícolas, cuyo objeto es el cultivo de la tierra ó la cría de ganado, constituyen en Marruecos la mitad de la vida contractual y sus formas más comunes son las que se examinan á continuación.

XVI

En la asociación del *Joms* حيس llamada también de cultivo por *la quinta* el dueño del terreno facilita todos los elementos necesarios á los que han de prestar únicamente su trabajo personal, para recibir como remuneración una parte de la cosecha que se obtenga.

Este contrato no se hace nunca por anualidades, sino por temporadas de cultivo, percibiendo los trabajadores *jamas* خماس la quinta parte de la cosecha en la que empieza en otoño y la cuarta en la que comienza en primavera, cuyas labores son mucho más penosas.

Cuando los trabajadores son muy poco prácticos en las faenas agrícolas, los propietarios les conceden solo la décima parte.

XVII

Queda perfecto el contrato desde que el socio dueño de la tierra da á sus *jamas* las cuerdas que han de servir para enganchar las bestias al arado.

XVIII

La costumbre, aparte la obligación de dar todo lo necesario para las labores, según se dirá, señala al terrateniente los siguientes deberes:

- 1.º Donar á los trabajadores una pequeña cantidad en metálico que suele ser de uno á dos duros y recibe el nombre de *refed*.
- 2.º Hacerles á cuenta de su participación en la futura cosecha un adelanto en trigo ó en cebada.
- 3.º Regalar á cada *jama* un par de babuchas.

XIX

El *kjama* tiene las obligaciones siguientes:

- 1.ª Trabajar en la preparación del terreno y hacer la siembra.
- 2.ª Vigilar los predios sembrados para evitar la dañosa pasturación de los rebaños,
- 3.ª Llevar á cabo la labor llamada escarda ó remover el suelo para esponjarlo, librando las plantas de maleza. En este trabajo deben ayudar al *jama* sus mujeres sin retribución.
- 4.ª Segar los campos y preparar el sitio destinado á la trilla.
- 5.ª Custodiar las mieses depositadas en la era y trabajar en la trilla y limpieza del grano, conduciendo este á casa del propietario ó á sus silos.
- 6.ª Poner un sustituto á su costa en caso de

enfermedad ó cualquier otro impedimento para el trabajo.

XX

El propietario del terreno está obligado, á:

1.º Poner á disposición del *jama* las semillas, las bestias y los instrumentos necesarios para todas las labores.

2.º Contratar para que ayuden al *jama* y á sus mujeres, otras á las que ha de satisfacer un jornal de veinticinco á treinta céntimos.

3.º Contratar segadores que ayuden al *jama* en las primeras labores de la recolección. Estos trabajadores accidentales cobran generalmente su salario en especie llevándose manojós de espigas, de donde resulta que haciéndose esto antes de que el *jama* cobre su *quinta* ó su *cuarta*, segun la época, contribuye al pago de tales jornales.

4.º Proporcionar un guarda para las mieses, cuando la cuantía de la cosecha lo exija.

XXI

La parte que el *jama* retira de la cosecha en calidad de retribución, está exenta del pago del diezmo ó *achur*.

**Asociación á medias.— Bel-krá.— Bel-jobsa.—
Asociaciones para el arbolado.**

XXII

En la asociación denominada del *nus* نص ó á medias, uno de los contratantes aporta la tierra y el otro las simientes, las bestias y los instrumentos de labor.

XXIII

Los gastos del cultivo son satisfechos por partes iguales entre los socios, recibiendo cada uno la mitad de la cosecha.

XXIV

El trabajo de la tierra puede hacerlo un *jama*, á quien se asocia con este objeto con sujeción á las reglas que rijen en materia de *Joms*. En este caso, el *jama* percibe la quinta parte de la cosecha y los socios dos quintas cada uno.

XXV

Cuando las labores se ejecutan personalmente por uno de los asociados, este percibe los tres quintos del producto que se obtenga quedando el resto para el otro.

XXVI

La asociación *bel-krá* بالكرا es un simple arrendamiento de la tierra que se hace por una anualidad mediante el pago adelantado de una cantidad en metálico y de otra en cereales, que se satisface en el momento de la recolección. Este contrato no se presume nunca renovado, siendo menester el aviso del arrendatario en ese sentido con un mes de anticipación á la época de la siembra. El arrendante satisface el impuesto.

XXVII

En la asociación *bel jobza* بالخبزة uno de los contratantes presta la tierra y el otro su trabajo, mas las bestias necesarias é instrumentos. El dueño de la tierra percibe la quinta parte de la cosecha en las labores de otoño y la cuarta en la de las de primavera, pagando el impuesto en la misma proporción.

XXVIII

En la asociación *bel jerd* بالجرث cada uno de los contratantes aporta un predio y una bestia de labor, atendiendo por partes iguales á todos los gastos y dividiendo la cosecha en esa medida.

XXIX

Existe la asociación *Mug Araza* cuando el dueño

de un terreno inculto conviene con otro en que este lo plante de árboles á cambio de lo que le concede una parte proindiviso en la propiedad del suelo.

El tiempo de duración de esta sociedad depende del que los árboles necesiten para su crecimiento.

XXX

El cultivador corre con todos los riesgos de la plantación y si esta perece antes de llegar á su completo desarrollo, por causa que no le sea imputable, tiene sin embargo derecho á la parte del suelo ofrecida por su dueño.

XXXI

En la asociación *Musaka* el dueño de un terreno plantado de árboles lo pone á disposición de otro, que emplea en el su trabajo, para percibir como remuneración parte de los frutos.

Es requisito indispensable que por su edad y condiciones se encuentren los árboles en disposición de producir.

La parte que el arboricultor ha de recibir queda siempre á la voluntad de los contratantes y á falta de pacto expreso han de atenerse á la costumbre de la localidad.

XXXII

El arboricultor está obligado á hacer todo lo debido en buena práctica agrícola, para conseguir el mayor producto de los árboles, siendo de su cuenta los gastos que sean necesarios.

XXXIII

Aunque en el rigor de los principios esta asociación ha de versar solo sobre el cultivo de los árboles el derecho consuetudinario, admite la aplicación á los cereales, caña de azucar, etc., siempre que el terrateniente no pueda por enfermedad ú otro motivo llevar á cabo la explotación.

Cría de ganado.—Formas distintas.

XXXIV

Las asociaciones de ganadería se forman bajo la base ineludible de que ante todo es necesario llegar al reembolso del capital aportado, siendo nula cualquiera estipulación en contrario y no admisionlose el dividendo de beneficios sino cuando se ha verificado aquel reintegro.

Son beneficios la leche, la lana, las crías, y el aumento de valor de los animales.

XXXV

Admite la costumbre infinidad de formas en

estas asociaciones, formas que se adaptan á la naturaleza de los animales objeto de la cría y á las necesidades de los distintos territorios, siendo la más importante la que trabaja sobre ganado vacuno.

En esta asociación una de las partes facilita el ganado, cuyas cabezas han de tener de dos años á treinta meses y el otro se encarga de su cuidado á condición de percibir cuando la venta de la piara re verifique un tercio de los beneficios, observándose lo que anteriormente se ha dicho acerca del previo reintegro del capital.

XXXVI

Las reses quedan exentas de todo trabajo desde que su dueño las entrega salvo pacto de que el asociado las utilice en las labores de sus tierras. En este caso surge una sociedad propiamente agrícola, teniendo derecho el propietario del ganado al quinto de la cosecha que se obtenga.

XXXVII

La pérdida fortuita de una ó varias reses no ocasiona perjuicio al propietario, pues dado el sistema defensivo del capital que impera en la materia, ha de indemnizarse con los beneficios del ganado restante.

XXXVIII

Si en la pérdida de las bestias ha intervenido

culpa ó negligencia por parte del encargado de su guarda, deberá este abonar el importe del daño mediante justiprecio hecho por la autoridad.

Cuando la sociedad ha llegado al fin para que se constituyó, el ganado es puesto á la venta, haciéndose la distribución de beneficios en los terminos antedichos.

XXXIX

El propietario del ganado no tiene en ningún caso derecho á los fiemos.

XL

Cuando no se ha fijado término al contrato, el propietario de las reses tiene el deber de adelantar fondos al que las atiende á cuenta de los futuros beneficios.

XLI

Con frecuencia el ganado pertenece por mitad á dos dueños y uno de ellos se encarga de la guarda, pagándose los gastos por mitad y distribuyendo del mismo modo los beneficios.

XLII

Las asociaciones referentes al ganado lanar suelen revestir dos formas.

Una de ellas consiste en la entrega que el propietario hace del ganado por cinco años al que ha de cuidarle, quedando este dueño de la quinta ó de la cuarta parte desde el momento.

En la otra forma el propietario vende al guardian su rebaño, debiendo percibir su importe en plazos anuales. Mientras dura el contrato se dividen los productos del ganado con los que el comprador verifica sus pagos y al expirar el término hacen lo propio con el rebaño.

XLIII

La cría del camello da lugar á otra asociación, que como la anterior, adopta dos procedimientos.

En el primero los asociados aportan por mitad el capital necesario y uno de ellos se encarga de su guarda y cuidado, teniendo derecho á una cuarta parte de los beneficios y partiendo las otras tres cuartas con el condueño.

Al terminar el contrato, que suele tener duración fija, la piara se divide por mitad.

En el segundo procedimiento, el dueño entrega los camellos á su asociado para que los guarde y negocie con su trabajo, debiendo percibir la cuarta parte de los beneficios que se logren.

Terminada la asociación, los camellos vuelven á su dueño con los aumentos naturales.

H O B U S

حبس

Origen..Esencia del hobus.—Diferencias.—Llamamiento.—Prohibiciones.

Te preguntarán sobre el bien que deben hacer, respóndoles. «Socorred á los niños, á nuestros parientes y á los huérfanos pobres y mujeres; el bien que se les haga será conocido por el Todopoderoso.»

KOR. CAP. II v. 211.

I

La vinculación musulmana tiene su origen en el ejercicio de la beneficencia, predicada por Mohamed, si bien la práctica ha venido viciando la santidad de la institución.

II

Constituye el creyente un *hobus* cuando cede á perpetuidad el usufructo de sus bienes inmuebles con prohibición de enagenar.

Mediante el *hobus* la propiedad de los bienes sobre que recae es entregada á manos muertas, sa-

liendo del comercio y perdiendo por tanto su atributo más precioso: la comunicabilidad.

No todos los tratadistas admiten el ejercicio de la liberalidad mediante el *hobus*. Por el contrario, en los escritos de varios se encuentran enérgicas protestas contra ese procedimiento que viola á su entender las disposiciones koránicas sobre la herencia.

Las cuatro escuelas ortodoxas están separadas por hondas diferencias; pero el musulmán puede acogerse al criterio de cualquiera de ellas en cuanto al régimen de la fundación.

III

Por su esencia debe el *hobus* constituirse sobre bienes inmuebles y ser perpetuo. La costumbre deroga, sin embargo, el principio admitiendo á la vinculación las cosas muebles, sin que falten jurisprudencias que extiendan su tolerancia á las que se consumen por el uso, con tal de que sean sustituidas por otras idénticas en cantidad y calidad. De igual modo conceden validez muchos tratadistas al *hobus* temporal ó vitalicio con relación al fundador, como cuando dispone que solo tenga efecto hasta el momento de su muerte pasando entonces los bienes á la masa hereditaria. En tales casos exíjese que haya tenido la obra pía un principio de ejecución. Solo á ese precio la ley transige respetando el derecho adquirido.

IV

La voluntad del fundador es norma en el régimen del *hobus*.

Recomiéndase que el que lo constituya fije con la mayor precisión posible el orden del llamamiento para evitar conflictos.

V

Cuando se han extinguido las personas llamadas al beneficio, la ley adjudica el *hobus* á los agnados más próximos del fundador, teniendo la preferencia el pobre.

VI

En materia de *hobus* la mujer goza de notables privilegios. En su favor se finge la agnación y así la hermana concurre con su hermano agnado al que es equiparada. Es más, en el mismo grado, la hembra es preferida al varón cuando los productos de los bienes son insuficientes. La mujer se presume pobre salvo prueba en contrario y recibe la misma parte que el varón.

VII

En defecto de los agnados, heredan el usufructo los agnados de aquellos y á falta de todos los pobres en general.

VIII

El hokus puede establecerse no solo en favor de personas naturales sino en el de una mezquita, un oficio religioso ó una escuela, creando una ó varias becas.

Cuando se trata de personas propiamente dichas es condición precisa su aceptación. Si falta esta no continúa el llamamiento y la cosa va á los pobres por ministerio de la ley.

IX

El fundador tiene el derecho de designar administrador de los bienes. Cuando no lo ha hecho ó el nombrado falta, es el kadí quien se encarga de la administración.

X

Admítase que el fundador conceda á los beneficiados la facultad de vender los bienes afectos, si se encuentran en gran necesidad, dispensándoles de hacer prueba sobre este extremo, lo que constituye una de las formas del hokus temporal.

Cuando la cosa es mueble y llega á hacerse inútil para su servicio, hay necesidad de venderla y adquirir otra semejante á fin de que la fundación siga produciendo sus efectos.

XI

En los bienes inmuebles no cabe la sustitución. Si la casa, por ejemplo, se derrumba, los autores malekitas no autorizan su venta, que solo puede tener lugar en caso de expropiación por causa de utilidad pública. Los que siguen la doctrina de Hanefa, por el contrario, defienden la legalidad de la venta y sustitución en aquellas circunstancias.

XII

En ningún caso puede el fundador, al establecer el orden de llamamiento, excluir á sus hijas ó imponerles el celibato como condición del usufructo, ni reservarse su administración.

LA HERENCIA

الوراثة

**En favor de la mujer.—Testamento.—Legados.
—La herencia.—Legítimas.—Agnación.**

“Está escrito que al morir dejaréis los bienes en testamento á vuestros hijos y á vuestros próximos parientes, con la equidad que corresponde á los que temen al Señor.,,

—
“El que cambie la voluntad del testador será culpable de un crimen.,,

KOR. C. II v. 176 y 377.

“Dios os manda que al repartir los bienes entre vuestros hijos, deis á los varones doble porción que á las hembras.,,

Ko :. C. IV v. 9.

I

El último de los versículos transcritos significa una de las obras jurídicas más importantes del Profeta. Antes del Korán se encontraba la mujer excluida en absoluto de la sucesión; pero Mohamed, aunque sin igualarla en los derechos al hombre, quiso evitar la continuación de aquella injusticia,

señalando á la hembra como cuota hereditaria la mitad de la correspondiente al varón.

II

Puede sucederse en derecho musulmán á título universal y particular; mediante la voluntad del hombre y por oficio de la ley.

III

El testador ha de ser púber y tener discernimiento. Si no ha llegado á la pubertad, el testamento no es nulo de derecho; pero requiere para su validez la prueba de la capacidad intelectual de su autor.

El musulmán que goza de la plena disposición de sus bienes por actos inter-vivos la disfruta para después de su muerte con arreglo á la ley, mas cumpliendo escrupulosamente sus prescripciones en materia de legítimas, que merman mucho aquella libertad.

IV

Por el testamento el creyente dispone tan solo de la tercera parte de sus bienes con carácter de legado, pues la herencia propiamente dicha se trasmite por público ministerio.

“¡Oh, creyentes! Cuando en el lecho de la muerte hagáis vuestro testamento, llamad como testigos á dos hombres de bien de entre los fieles. Si sois víctimas de mortal accidente acaecido en viaje, podéis valeros de gente extranjera y si dudáis de su fé exigidles ante Dios esto juramento: “No recibiremos dinero por declarar aunque sea de un pariente; no ocultaremos nuestro testimonio porque eso será criminal.,,

V

El testamento no está sujeto á ritual. Requiérese solo para su eficacia que aparezca clara la voluntad del testador. La jurisprudencia, sin embargo, apoyada en el anterior versículo del Korán, exige que el testamento verbal se pronuncie ante dos testigos.

En el testamento escrito cabe la forma ológrafa, abierta y cerrada, siendo preciso que los testigos bien por lectura, bien por reconocimiento exterior del pliego en que esté redactado, se enteren sin género de duda de que se trata de la voluntad del testador.

VI

El testador dispone únicamente en concepto de

legado ó legados del tercio de sus bienes. Los otros dos tercios pertenecen de derecho á sus herederos, que la ley señala, los cuales están incapacitados para ser además legatarios. Esto no obstante, la mejora que el legado significaría tiene validez si los coherederos prestan á ella su conformidad.

VII

Puede ser objeto de legado todas las cosas de lícito comercio, con arreglo al Código religioso.

Cabe legar la cosa ajena y esta deberá ser adquirida por el legatario si hay posibilidad de ello. No habiéndola, el legatario recibirá su valor en justa tasación.

VIII

Para determinar cual sea el tercio de libre disposición se procede á la formación del inventario correspondiente del que se excluye todo el pasivo.

IX

Son nulos los legados que excedan del tercio disponible. Sin embargo, los herederos pueden admitirlos, entendiéndose que renuncian á lo que es suyo.

X

Constituyen la legítima en el Charáa las dos terceras partes de la herencia que están asignadas por la ley á los herederos forzosos.

Los herederos forzosos lo son unos en porciones fijas y otros adquieren el resto del caudal después de separadas las cuotas de aquellos y los legados.

XI

Tienen derecho á la mitad de la herencia:

- 1.º El esposo supérstite cuando la esposa no tiene hijos.
- 2.º La hija única.
- 3.º La hija del hijo á falta del anterior.
- 4.º La hermana á falta de la anterior.
- 5.º La hermana de padre á falta de la anterior.

XII

Tienen derecho á la tercera parte de la herencia:

- 1.º La madre, cuando el finado no deja descendencia, ni tiene más de un hermano ó una hermana. En caso contrario su cuota es la sexta parte.
- 2.º Los hermanos ó hermanas uterinos, si son dos ó más.

XIII

Tienen derecho á la cuarta parte de la herencia:

- 1.º El esposo supérstite cuando la causante deja descendencia.
- 2.º La esposa ó esposas, si el marido no tiene descendientes.

XIV

Tienen derecho á la sexta parte de la herencia:

- 1.º La nieta (hija del hijo) única cuando concurre con una hija.
- 2.º La hermana de padre.
- 3.º El hermano ó hermana uterinos cuando son únicos.
- 4.º El padre en concurrencia con un descendiente. (Hijo ó nieto masculinos).
- 5.º La madre en presencia de descendientes ó de dos hermanos ó más.
- 6.º La abuela materna ó las abuelas.
- 7.º El abuelo paterno á falta de padre.

XV

Satisfechos los legatarios y los herederos á cuota fija, el resto del caudal pasa íntegro á los parientes por agnación natural, en la inteligencia de que el Charáa solo declara agnados á los varones.

La agnación es á veces artificiosa, pues sucede que parientes herederos en porción fija pasan al rango de agnados, sin serlo, por una ficción jurídica cuando se encuentran en determinadas circunstancias. La hermana, por ejemplo, es considerada varón á los efectos de suceder si acude al concurso hereditario juntamente con una hija del hijo del causante. Lo propio acontece al concurrir una hija con un hijo del finado.

XVI

En el parentesco de agnación el orden marcado por la ley es: hijo, nieto, padre, abuelo paterno, hermano de doble vínculo, hermano consanguíneo, sobrino, tío de doble vínculo, tío consanguíneo y hermano del abuelo paterno.

XVII

El Estado hereda á sus súbditos á falta de todo pariente.

Juicios de moros en Melilla

Para los numerosos marroquíes que en Melilla viven ó á sus puertas llegan, significa esta institución justicia pronta, inapelable y gratuita; para los generales españoles á quienes se confía el importante y difícil mando de esta Plaza que es fortaleza, es mercado y es embajada en el Moghreb, constituye un eficaz rosorte de Gobierno.

Esta jurisdicción especialísima, fué establecida por Real orden de 30 de Septiembre de 1867, que se dictó para dar vida práctica á una de las cláusulas del convenio concluido el mismo año entre España y Marruecos sobre instalación de una Aduana mora en el campo fronterizo de Melilla.

Decíase en su artículo 7.º que las cuestiones motivadas por los asuntos de la Aduana, cuando el demandante fuere marroquí y el demandado español se someterían para su resolución á la justicia española, cuyas funciones, según la Real orden que dejó citada, habia de desempeñar la primera Autoridad de la Plaza con su Asesor del Cuerpo Jurídico Militar.

Esta novedad fué muy del agrado de los indígenas y pareció desde su implantación medio eficazísimo para consolidar y acrecentar nuestra influencia en el Rif.

En los primeros «juicios de moros», que así fueron bautizados, ventiláronse cuestiones nacidas en la Aduana, como en el convenio se decía; pero muy pronto la bondad del sistema obligó á dar una interpretación extensiva á la cláusula de que nació, bastando que el demandante fuese moro y el demandado español para que surgiera la competencia del General con su Asesor sin reparar en el origen del asunto ante ellos planteado.

Y fué necesario ir más lejos. Tocando los moros en el curso de muchos años, las ventajas que esta justicia especial les proporcionaba, no quisieron contentarse con formular sus reclamaciones contra los cristianos, sino que las hicieron extensivas á sus propios correligionarios sin que fuese dable resistir á la espontánea sumisión, prueba inconcusa de las excelencias del procedimiento.

Por otra parte, de día en día las relaciones entre Melilla y el campo fronterizo se iban estrechando y aumentaba la colonia musulmana dentro de sus muros; indígenas y españoles vivían juntos, negociaban unidos, la insurrección ponía al amparo del pabellón nacional muchos cientos de rifeños, y todo esto vino á aumentar la importancia de los juicios de moros siendo preciso ensanchar su radio de acción por la misma fuerza de los hechos.

Hoy es desconocida la autoridad del Maghzen en las kábilas de que Melilla vive rodeada y ha desaparecido la Aduana que motivó la institución. Sin embargo, los indígenas acuden á «sus» juicios

más que nunca enamorados de las facilidades que encuentran en esas actuaciones sumarias sin fórmulas, términos ni costas, pero con las garantías que les ofrece el nombre de España, por ellos venerado.

La costumbre ha dado á los «juicios de moros» vida muy robusta; la experiencia de medio siglo demuestra su utilidad.



Asuntos que se ventilan

PRÉSTAMOS

Los indígenas del campo fronterizo prestan con frecuencia pequeñas cantidades á españoles y hebreos de la clase humilde. En obsequio á los prestamistas es preciso consignar que nunca entregan su dinero en busca de un interés.

En este punto observan fielmente los preceptos koránicos relativos á la usura, para lo que señalan todas las penas del infierno.

Los préstamos cuya devolución se reclama son siempre gratuitos. Prestan los moros de ordinario á impulso de la amistad, abrigando la firme confianza de que los fondos les serán devueltos oportunamente y alguna vez porque de ese modo los depositan en manos españolas, faltos de bastante seguridad en el campo.

En raras ocasiones presenta el demandante un documento justificativo del préstamo. Cuando lo hace se trata de la mitad de una octavilla de papel en la que se dice, por ejemplo:

«Debo al moro Maimón quince pesetas.—Juan López.»

Es de advertir que llevan el nombre de Maimón muchos centenares de moros de los que visitan la Plaza.

Pero en la inmensa mayoría de los casos no exis-

te ni aún aquella huella de la obligación contraída.

El demandante, si la deuda le es negada, se asombra, pide que se le corte el cuello si no dice verdad y ni un instante expresa temor de perder el negocio por falta de prueba. Esto le parece inverosímil.

VENTAS Á PLAZO

Los moros del campo son los insustituibles proveedores del vecindario de Melilla europeo ó indígena en lo que toca á aves de corral, lanas, pieles, huevos, cera, miel, manteca de vaca, pescado, fruta y hortalizas.

Estos artículos son con frecuencia vendidos á plazo, y cuando el comprador no satisface el importe de lo que adquirió con el tiempo convenido, preséntase el vendedor en el Juzgado de moros reclamando el pago de la deuda.

En la venta á plazo no se muestran los marroquíes tan fieles observadores como en el préstamo, de las disposiciones encaminadas á evitar una exagerada ganancia. Por el contrario, sucede á menudo que el demandante fija un precio muy superior al que sirvió de base al contrato, y cuando el demandado protesta y prueba aquel exceso, el moro dice que una cosa es cobrar al contado y otra hacerlo tarde y merced al amparo de la autoridad, circunstancias que deben darle derecho á percibir una indemnización.

Aparte los productos que el rifeño obtiene de sus tierras y ganado, los demás artículos acuden á la Plaza por conducto de uno ó varios intermediarios indígenas que forman á menudo larga cadena, sin que desembolse dinero más que el último adquirente.

La caravana que viene á Melilla vende pocas veces al hebreo ó al español sus mercancías. Antes de entrar en nuestro territorio recibe proposiciones y empieza la reventa, que se verifica una y otra vez con no pequeño perjuicio para el tráfico.

Son muchos los moros del campo que se dedican de ese modo al comercio sin capital en busca de la prima, medio de vivir que merece la reprobación de los jurisconsultos musulmanes y da lugar á frecuentes litigios de no fácil solución.

P R E N D A S

En la época de escasez los indígenas se procuran el dinero que necesitan para el sostenimiento de sus familias pidiéndolo á préstamo á los comerciantes israelitas, á los que dejan en garantía los gruesos brazaletes de plata de sus mujeres ó sus enormes arracadas.

El préstamo vence siempre en el momento de la nueva recolección y cuando esta ha sido nula ó muy corta y el indígena no tiene posibilidad de rescatar su prenda, surge casi siempre la cuestión

de cual fué el valor que se fijó para la operación, porque el Koran no reza con los hebreos en materia de interés.

CORRETAJE

El activo tráfico que por Melilla se hace utiliza por sistema el servicio auxiliar de corretaje prestado por moros ó israelitas. Los enviados de lejanas kábilas para adquirir en la plaza artículos de consumo son solicitados por los corredores de las grandes casas comerciales, que se disputan los clientes con arder.

Por otra parte, todos los años embarcan para Orán en la época de la recolección de diez á quince mil rifeños. La competencia de los consignatarios de los buques, cuando no han podido llegar al *trust*, suele ser terrible y los corredores se multiplican trabajando por los intereses de sus principales respectivos.

No siempre los dedicados al corretaje entienden bien remunerada su labor y de aquí la inmediata reclamación judicial de las cantidades á que estiman tener derecho.

DEPÓSITOS

En las kábilas el metálico no encuentra asilo seguro, como no sea escondido bajo la tierra en lugar ignorado, lo que no es práctico para el dueño

que necesita en todos los momentos la fácil disposición de sus fondos.

Comprendiéndolo así los indígenas prefieren dejar el dinero en los establecimientos mercantiles de la colonia musulmana de Melilla, cuyos individuos son esclavos de «la verdad sabida y la buena fé guardada».

Otras veces entregan su dinero á españoles y á acaudalados comerciantes israelitas y es preciso decir en alabanza de los depositarios, moros, hebreos ó españoles, que nunca, jamás, faltaron á la santidad del depósito. El indígena encontró siempre sus fondos intactos después de una custodia gratuita y fidelísima.

Pero esto no impide que en el Juzgado de moros se promuevan asuntos relacionados con esos depósitos.

Ocurre á veces que el depositario comerciante musulmán, á quien es imposible perder una contabilidad ordenada, fallece sin haber tenido el tiempo necesario para arreglar sus asuntos, de los cuales él solo estaba enterado.

Entonces acuden los indígenas que tenían fondos en su casa y comienzan las dificultades cuando aquellos no pueden presentar resguardos, que probablemente no quisieron recibir echándose en brazos de la buena fé y los *naib* ó encargados de la herencia no encuentran claridad en los asientos ó estos faltan en absoluto, cosa no muy rara.

Entonces son inevitables los litigios, porque los

naib exigen la justificación de los depósitos, que es menester buscar por otros medios.

ASOCIACIONES AGRÍCOLAS

Las zonas del campo exterior de la plaza susceptibles de cultivo están concedidas á particulares españoles en cierta especie de enfiteusis, mediante el pago al Estado de un cánon en reconocimiento del dominio directo, que se reserva, perdiendo este estado de cosas por no haber sido posible, hasta ahora, vencer las dificultades que se han presentado para llevar á cumplimiento el Real decreto de 21 Agosto 1904, que dió reglas para la colonización definitiva.

Además del riesgo de la sequía, la violencia del viento y la langosta, corren otro no menos grave los agricultores españoles: el peligro de que la cosecha desaparezca por los daños que causen los ganados del campo marroquí ó por las raterías de los indígenas, perjuicios que no se pueden evitar por grande que sea la vigilancia.

Ese temor ha aconsejado á los labradores un procedimiento que les dá excelentes resultados. Consiste en asociarse para el cultivo á moros del campo fronterizo, los cuales por la proximidad de sus viviendas á las parcelas y por sus propios hábitos, se encuentran en inmejorables condiciones para guardar los sembrados.

Esas asociaciones dan lugar á algunos juicios si

no hay conformidad de las partes en el momento de efectuar la liquidación.

Los indígenas marroquíes, cuando se trata de asociaciones de cultivo que funcionan en su territorio; someten las diferencias que se presentan al consejo llamado de los *fellaha*, elegido por las tribus y cuyo parecer es de obligatorio acatamiento para el kadí; pero claro es que dentro de los límites de nuestro campo el Juzgado de moros es el llamado á resolver.



PROCEDIMIENTO

DEMANDAS

El indígena que tiene una reclamación que formular, no necesita buscar quien le extienda una papeleta de citación ni quien le redacte una demanda.

Le basta presentarse en el Juzgado, donde si no sabe expresarse en español expone verbalmente su petición por conducto del intérprete.

Otras veces el moro reclamante llega enviado por la Sección de asuntos indígenas del Gobierno Militar, que tan excelentes servicios presta, en vista de que no ha sido posible dar á su negocio un arreglo amistoso.

Enterado el juez de lo que el indígena pretende dispone en el acto que un ordenanza salga para citar al demandado de inmediata comparecencia ó mejor dicho, para conducirlo al Juzgado, donde ha de responder á la reclamación que se le hace.

Claro es que no siempre hay posibilidad de poner frente á frente á las partes el mismo día en que se ha formulado la demanda.

Impídelo á veces la ausencia ó enfermedad del demandado y también la falta de datos suficientes respecto á su persona y domicilio; pero en los primeros casos el aplazamiento de la comparecencia es solo por el tiempo indispensable y en el último

se facilita al demandante una cédula de citación que él mismo se encarga de entregar al demandado por conducto de cualquier agente de la autoridad.

En el documento consta la naturaleza de la reclamación y se previene á la parte demandada que comparezca provista de las pruebas de que intente valerse.

Finalmente, en muchas ocasiones el indígena se presenta acompañado de su contrario, á quien ha invitado á comparecer para ventilar el negocio.

INTENTO DE CONCILIACIÓN

Hecha la demanda y oída la contestación, si no existe conformidad, el juez invita á los litigantes á que traten de llegar á un arreglo.

El moro demandante empieza por negarse en redondo á transigir, manifestando que el Juzgado ha de darle lo que le corresponda y nada lo importará no percibir un céntimo si tal es la sentencia; pero el demandado formula una proposición, el juez hace lo que está de su parte para favorecer la avenencia y el actor termina muchas veces por abandonar su actitud de resistencia, empezando un regateo de condiciones, tras el cual viene la transacción. Mahomed dijo: «el arreglo amistoso es un gran bien.»

Una docena de líneas deja sentado el convenio. La celebración del juicio no ha sido necesaria.

EL JUICIO

Cuando el asunto no se presta á su arreglo ó este ha resultado imposible empieza el juicio. Concreta el actor su petición y el demandado alega cuanto se le ocurre.

Enseguida el juez pide pruebas al demandante y ofrecidas se practican inmediatamente, así como las que proponga la otra parte.

Solo en los casos de absoluta imposibilidad de recibir las pruebas se aplaza el juicio para el día siguiente.

MEDIOS DE PRUEBA

Por desgracia, la prueba documental no es frecuente en los «juicios de moros».

La mayoría de las veces la contratación, cuyas consecuencias se llevan al juzgado, fué verbal y no hay más rastro de ella que el que haya quedado en la memoria de los interesados y de las personas que la presenciaron ó tuvieron noticias de sus términos, por cualquier circunstancia.

El testimonio escrito, en cuanto significa el reconocimiento de una obligación que nace por el mismo que ha de cumplirla, es precioso elemento de prueba; pero muy rara vez se aporta, como decimos, y es preciso acudir á otros medios de justificación. Los moros del campo fronterizo faltos de cultura, no se encuentran en condiciones de fijar

por escrito los derechos que adquieren y las obligaciones que contraen, y, por otra parte, en sus relaciones con los cristianos no ponen gran cuidado en seguir el procedimiento indicado por el Profeta cuando dice en el versículo 282, Cap. II del Korán: «Oh creyentes, el comprometeros á pagar una deuda á plazo, que un letrado haga constar fielmente la obligación; que él escriba como Dios le haya enseñado, que él escriba y el deudor dicte.»

En el Juzgado de moros se echa de ver más que en parte alguna la necesidad de facilitar á los indígenas los medios de consignar en forma sencilla y gratuita los contratos que celebren, por insignificante que sea su cuantía. Ya que ellos no tienen la práctica de la escritura señaláseles un funcionario que se encargue de sentar brevemente sus convenios y se habrá prestado un gran favor á la justicia, que de ese modo cumplirá con más facilidad, y, sobre todo, con más acierto, la misión de dar á cada uno lo suyo.

Pero si nó documentos, los indígenas presentan testigos en gran número con suma facilidad.

Parece al recibir los grupos de testimonios vivos que vieron y oyeron lo que dicen, que de los actos privados de los musulmanes se enteran las tribus enteras á que pertenecen.

Conceden los litigantes marroquíes gran importancia á la prueba testifical, y el falso testimonio les parece cosa imposible, como no se atribuya á

enemigos de tribu ó de familia, que entorces es el pecado cosa natural.

En el desfile de testigos, el juez de moros vése obligado á convertirse en instructor, no limitándose á oír lo que «por Dios grande» le dicen, sino preguntando, careando y haciendo cargos. Solo empleando este sistema puede llegarse á averiguar la verdad.

Aparte la prueba pericial, sobre la que nada hay que decir, queda otra muy importante: el juramento. Ante el litigante musulmán que afirma rotundamente un hecho y su contrario que lo niega, se impone la prestación del juramento, con arreglo al rito koránico.

Este juramento decisorio descubre casi siempre la verdad, porque pocos indígenas, aun los más influidos por el excepticismo europeo, se encuentran tan faltos de fé que vayan al perjurio fácilmente.

El que lleva la verdad consigo se muestra enseguida dispuesto á sellar sus palabras con el solemne juramento é invita á su rival á que lo preste: Yo juraré —dice— ser cierto lo que afirmo. ¿Jurarás tú que miento?

Unas veces la invitación es rechazada, otras recógela el moro á quien se dirige; pero cuando el juez dispone que los litigantes acudan á la tumba de un morabito, de ordinario ia de Sidi-Aguariach, el que falta á la verdad vacila.

Su fé viva no se deja oscurecer por el interés

del momento, las penas del infierno de las «siete puertas» pesan sobre su voluntad mentirosa é invocando razones que no pasan de ser pretextos, se niega al juramento.

La deseada luz ha sido hecha; el fallo será justo.

En alguna ocasión el requerido de juramento sale muy animoso del local del Juzgado en compañía del otro litigante. Ambos llevan la seguridad de triunfar; pero uno de los dos no llega á la blanca mezquita. En el camino se le ocurre que no está bien planteada la cuestión, que ha de resolver el juramento.

La fé musulmana puesta al servicio de la justicia española, conduce á excelentes resultados.

Lástima grande es que el juramento decisorio no pueda prestarse en el local del Juzgado ante un ejemplar del Korán. Esto evitaría dilaciones; pero el santuario es el único lugar en que cabe hacer la prueba.

Sin embargo, algún moro hemos encontrado dispuesto á jurar en el balcón Sur del Juzgado, desde donde se divisa un morabito de Farjana.

En litigios entre moros y hebreos, estos últimos prestan el juramento con arreglo á la religión mosaica.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Pronunciado el fallo al terminar el juicio, entérase inmediatamente á las partes de lo resuelto,

Saben que contra la sentencia no hay recurso, que es desde el momento ejecutoria y la reciben con agradecimiento el que triunfa y con respeto el derrotado.

El condenado al pago de cantidad la satisface sin demora si cuenta con recursos; no teniéndolos el acreedor concede una espera, da plazos para el pago, exigiendo, esto siempre, que las entregas de dinero se verifiquen en el Juzgado, de donde lo recogerá.

Con lo expuesto quedan trazados los caracteres más salientes de estos juicios especiales en los que á veces juegan cantidades ascendentes á algunos millares de pesetas. Toda su sustanciación cabe sin embargo, aun en los casos más complicados, en dos ó tres pliegos de papel del sello de oficio.

Ahora bien, suprimase la institución; dígase á los moros, acostumbrados á tan cómoda justicia, que caen bajo los preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil; que necesitan presentar por escrito sus reclamaciones y con arreglo á fórmulas consagradas, acompañando copias; sepan que el papel ha de llevar el timbre correspondiente, lo que cuesta

dinero; que el actuario tiene un plazo para dar cuenta y el juez otro para proveer, que en los juicios no verbales es fuerza conceder un término para que el demandado conteste á la reclamación ó se persone en los autos; que pueden alegarse excepciones dilatorias; que luego vienen nuevos plazos en la práctica de las pruebas y, por último, que la sentencia no es definitiva, pues contra ella hay apelación, y al saber todo esto, dirán que prefieren perder lo suyo, que les conviene más volverse á su kábila lejana que sufrir impaciencias y gastar sus fondos en pliegos del estanco, en hospedajes en la posada mora y en retribuir á la persona que haya de dirigirle por entre la complicación procesal.

No, las cuestiones que los indígenas llevan á la justicia española no pueden resolverse con arreglo á la legislación ordinaria. Esos asuntos requieren inmediato arreglo, rapidísima solución.

Las fórmulas solemnes con que en los pueblos cultos se promueven, discuten y resuelven las pretensiones deducidas ante los tribunales y que son garantía del derecho de todos, no sirven para los marroquíes, que no necesitan, que no quieren mayor seguridad que el nombre de España y las personas de sus jueces: estos son á la vez sus abogados y sus fiscales.

Para terminar vaya una anécdota.

En cierta ocasión un moro de Guelaia presenciaba por casualidad en el Juzgado Municipal de

esta Plaza la notificación á las partes de una sentencia dictada en juicio verbal. El condenado manifestó que no encontrándose conforme con el pronunciamiento entablaba recurso de apelación para ante el Juzgado de primera instancia.

Al enterarse el indígena preguntó al teniente Auditor Juez Municipal: ¿Lo que tu mandas no servir? Entonces, ¿qué Juez estás tú?

Del mismo modo opinan todos los musulmanes del Norte de Marruecos.

Los pleitos no pueden ser fallados más que una vez.

Melilla.—Junio 1907.



Acto de gratitud

El autor quiere dedicar las últimas palabras de su pobre trabajo al indigena Si-Mohamed-Ben-Abd-El-Krim, cuya amable y vasta cultura iniciada en las escuelas de Atarim y Es-Sefarim de Fez y en la Mezquita de Lucach de Tetuán, le ha servido para aclarar no pocas dudas.

Quede, pues, consignado su agradecimiento hacia ese marroquí tan ilustrado como amigo de España.



ÍNDICE

	<u>PÁGINAS</u>
FUENTES DE DERECHO.—La obra del Korán.	11
El Charáa.	16
FAMILIA.— <i>El matrimonio</i> .—Caracteres.—Prestación del consentimiento.—Forma directa.—Forma indirecta.—Curaduría nupcial.	21
Necesidad de la dote.—Sus clases.—Entrega de la dote	24
Impedimentos.—Parentesco.—Parentesco de leche.—Religión.—Tetragamia.—Estado de la mujer.	26
Débito conyugal.—Patriarcado.—Potestad del jefe de la familia.—Derechos y deberes	28
Ruptura del lazo.—Divorcio.—Rescate de la mujer.	32
Repudiación.—Antes del Islam.—La reforma.—Condiciones.—Fórmulas.—Otros medios	34
TIERRA Y AGUA.—Clasificación.—Bienes del Sultán.—Cesiones de usufructo.—Propiedad privada.—Aguas.	42
La propiedad de los extranjeros.—El Acta de Algeciras.—Régimen de cosas inmuebles	46
Forma de adquirir.—La autorización gubernativa.—El acta de la venta	50
RÉGIMEN CONTRACTUAL.—Pubertad.—Tutela.—Su ejercicio.—Los enfermos.—Los pródigos.—Los insolventes.—Los esclavos.—Los ebrios.	53
<i>Compraventa</i> .—Consentimiento.—Coacción, error y dolo.—Condiciones de la cosa vendida.—Precauciones	60

Condiciones suspensiva y resolutoria.—Los riesgos.—Cosas accesorias.—Precio anticipado . . .	66
<i>Préstamo</i> .—Caracter gratuito.—Formas	72
<i>Prenda</i> .—Fisonomía del contrato.—Gastos.—Venta.—Anticresis	73
<i>Arrendamiento</i> .—Generalidades.—Cosas susceptibles de arrendamiento.—Contratos especiales.	77
Arrendamiento de fincas.—Tierras de regadío y de secano	81
<i>Fianza</i>	84
<i>Compensación</i>	85
<i>Mandato</i> .—Mandato legal.—Responsabilidad . .	86
<i>Depósito</i> .—Caracteres.—Irresponsabilidad.—Devolución.	89
<i>Sociedad</i> .—Importancia.—Sociedad legal.—Administración.—Sociedad comercial	91
Sociedad agrícola.—Condición para su validez.—Asociación por la «quinta»	94
Asociación á medias.—Bel-Krá.—Bel-Jobsa.—Asociaciones para el arbolado	98
Cría de ganado.—Formas distintas	101
<i>Hobus</i> .—Origen.—Esencia del hobus.—Diferencias.—Llamamiento.—Prohibiciones	105
HERENCIA.—En favor de la mujer.—Testamentos.—Legados.—La herencia.—Legítimas.—Agnación.	110
JUICIOS DE MOROS EN MELILLA	117
Asuntos que se ventilan.	120
Procedimiento.	127
El juicio.	129
Medios de prueba.	129
Ejecución de sentencias	132

Ltr

Ex 22
4/3 2/6

HARVARD

Digitized by Google

