

ALGUNOS CAPÍTULOS DEL FORMULARIO NOTARIAL DE ABENSALMÚN DE GRANADA

Cualquiera que haya manejado un poco los Diccionarios biográficos de la España musulmana, juzgará inútil que nos esforcemos en demostrar la enorme difusión de los tratados de Derecho notarial en nuestra época y territorios musulmanes: en estos mismos Diccionarios, sin acudir a otras fuentes, vemos también la institución notarial perfectamente definida y encontramos incluso datos para precisar cuál pudo ser lo que podríamos denominar la demarcación notarial en los diversos períodos. Con todo, como una mera coincidencia verbal, más aún cuando ésta tiene que apoyarse en la buena fe y el criterio más o menos exacto del traductor, puede inducir a errores de consideración, no estará de más precisar algunos conceptos.

El mismo Alcorán, sancionando quizá un uso extendido en los territorios por donde empezaba a difundirse el Islam, reconoce y declara laudable la existencia de personas que fijen por escrito las convenciones entre los particulares. "Cuando contraís una deuda reembolsable en un plazo fijo, hacedlo por escrito; que un escribano de confianza redacte por escrito vuestros contratos, conforme a justicia y que no rehuse hacerlo, ya que Dios le ha dado talento para ello." Sura II, 282.

Sin embargo de ésto, hubo de surgir muy pronto una seria dificultad que se opusiera a la conservación de estos escribanos y más aún a su difusión: el sistema probatorio del proceso islámico. En él, en efecto, solamente tienen eficacia la prueba del juramento y la testifical.

¿Que utilidad reporta el instrumento escrito si el Cadí sólo ha de acudir a él en defecto de tales medios de prueba, o si le rechaza como medio ilegal?

El conservar la memoria de una estipulación no hubiera nunca bastado para sostener el prestigio del notario: el juez debe estar siempre sobreentendido en la autorización notarial.

Como, por otra parte, la prueba preconstituída que supone el instrumento público reporta innegables utilidades a la contratación, es de creer que los jurisconsultos no tardasen en buscar una fórmula que armonizase la preferencia de la prueba juramentada o testifical con la indiscutiblemente utilísima del instrumento notarial.

De hecho en los tribunales se alegó desde muy pronto el documento escrito, que debía ser confirmado por dos testigos, pero que eximía de juramento al que le alegaba¹.

La condición de los testigos que en éste como en todos los demás casos se presentaban a los tribunales, debería ser perfectamente conocida del juez, que no podía prescindir de razones que le moviesen a formar una convicción personal de la honorabilidad de los testigos. En las grandes poblaciones sería ésto imposible, a no ser que se acudiese a un subterfugio, que fué, no el procurar el juez informarse con prolijas informaciones de las condiciones personales de los que ante él habían de testificar, sino impedir de plano a los que él no conociese el ejercer funciones de testigo. De ahí a designar como únicos testigos viables a un número determinado de personas, y a conceder a tales personas la condición de funcionarios, no había más que un paso. Y si estos funcionarios se extendieron un poco en sus atribuciones y dieron la mano a los que se dedicaban a redactar documentos, afiliándolos a su gremio o usurpando su oficio, ha-

1. Véase *Tohfat d'Ibn Asem*, trad. franc. de O. Houás et F. Martel. Alger, 1882, pág. 63; *Il Muhtasar Sommario de Diritto Malechita di Halil Ibn Ishac*, versión de J. Guidi e D. Santillana, vol. II. Milano, 1919, pág. 632, en la cual establece notables aproximaciones entre el procedimiento para reconocer una escritura en el Islam y en el Derecho Romano; *Manuale di Diritto musulmano... sciafcita*, traduzione da Th. W. Juynboll di G. Baviera. Milano, 1916, págs. 198 y sigts.— كتاب تبصرة الحكام فى أصول الاقضية de Aben Farjun, El Cairo, 1302 (1885), vol. II, pág. 79.

brían encontrado el medio de conceder al instrumento notarial la consideración de prueba constituída y darle un *summum* de utilidad que obligara a cualquiera persona interesada en contratar a prevalerse de tales garantías.

Así, poco más o menos, explica Abenjaldun en sus famosísimos *Prolegómenos* el origen del Notariado² "Adala es un oficio que se refiere al servicio de Dios y que depende de la función judicial y del desarrollo de la actividad de la justicia. Consiste en ejercer, con la autorización del *cadí*, las funciones de testigo entre los particulares, ya sea que se trate de dar fe de sus derechos o de sus obligaciones; a servirles de testigo de buena voluntad en sus convenciones y a declarar en los tribunales en caso de contención; en fin, a firmar los instrumentos para asegurar la estabilidad de los derechos de los particulares, de sus propiedades, créditos y, en general, de cualquier género de transacciones.

"He dicho con la autorización del *cadí* porque, por la corrupción de los hombres, ha venido a ser difícil distinguir los hombres probos de los tramposos, y el juez o *cadí*, que está en condiciones de distinguirlos, parece que se ha visto en el caso de limitar el número y determinar quiénes han de intervenir en los contratos entre los particulares para que no estén sujetos sus derechos a fraudes o inseguridades. Las condiciones para desempeñar este oficio son: una gran fama de hombre íntegro; además saber redactar las actas y contratos de manera que se expresen clara y ordenadamente todas las determinaciones de las partes y que se guarden los requisitos que la ley exige para la validez del negocio de que se trate. Es, por consiguiente, necesario conocer la parte del Derecho referente a estas cuestiones.

"Precisamente por causa de estas condiciones exigidas en

² Véase además: *Ibn Khallikanis Biographical Dictionary, translated from the arabic* by Bn. Mac Guckin de Slane. París, MDCCCLIII, vol. II, pág. 367. Del mismo *Les prolegomènes d'Ibn Khaldun*, I, 456-58; R. Dozy, *Supplément aux dictionnaires arabes*, etc., sub voce *كاتب*; Mez, *Renaissance des Islams*. Heidelberg, 1923, pág. 218; Amedroz, *The office of kadi*, en *Journal of the Royal Asiatic Society*, 1910, pág. 779; W. Heffening, en *Encyclopédie de l'Islam*, art. *Shahid*. El texto de Abenjaldun puede verse en la traducción de Slane, a que hacemos referencia, y además en la *Chrestomathie Arabe* de S. de Sacy. París, 1826, tomo I, pág. 30.

tales funcionarios y por la conveniencia de que se hayan ejercitado convenientemente en estas materias, sobre todo con una suficiente práctica en ellas, estas funciones sólo se confían a un limitado número de personas de toda confianza.

"Podría parecer (por el nombre, *قاضي*) que tales personas se atribuirían el uso exclusivo de la virtud de la justicia; no quiere decir su nombre tal cosa, sino que el ser justos es condición indispensable para ejercer tales funciones.

"El cadí debe vigilar la conducta de estos funcionarios, sin perderlos de vista, a fin de tener la seguridad de que se conducen como es conveniente, sin descuidarse nunca en ella, ya que pesa sobre él el cuidado de mantener a los particulares en el tranquilo uso de sus derechos, lo que le obliga con responsabilidad grandísima. Con el establecimiento de estos funcionarios el ejercicio de sus funciones judiciales resulta más fácil y más extendido, ya que se puede administrar justicia a hombres probos, cuya honradez pudiera ser ignorada del cadí a causa de la enorme población de las grandes ciudades, de la obscuridad de las circunstancias y de la necesidad en que se ven los jueces de dictar sentencia en muchos casos sólo con prueba escrita: estos funcionarios, en la mayor parte de los casos, son los que ilustran al juez en el juzgar del valor de los documentos que exhiben las partes.

"En todas las grandes ciudades estos funcionarios tienen abiertas al público oficinas o simplemente bancos en la vía pública, en que se sientan, esperando a cualquiera que tenga por conveniente llamarles para que asistan de testigos a sus convenciones y las pongan por escrito."

Esta transformación parece ser que se inició y llegó a su término entre los siglos segundo (de la Hégira, octavo de J. C.) y cuarto (décimo).

En España no conocemos ningún documento con el que comprobar las distintas etapas de esta transformación; parece incluso marcarse cierta separación entre las funciones notariales y las de los auxiliares del cadí: ya muy pronto, antes del siglo cuarto, antes desde luego del año 263, (Hégira 875 de J. C.) encontramos al notario perfectamente definido en una narra-

ción que nos ha conservado Aljoxani³, aparte de las numerosas biografías en las que, ya por esta época, se hace mención del cargo notarial del biografiado.

Aparece, pues, con claridad, como atribución del notario, según el Derecho musulmán, la de redactar documentos que hagan fe en juicio. ¿Conservaban registros? No nos atrevemos a pronunciarnos acerca de esta cuestión; tal vez andando el tiempo examinaremos algunos textos que podrían ser favorables a la respuesta afirmativa. En general los autores son bastante parcos, al describir esta institución, en los detalles que hoy nos interesan, tanto por lo menos como prolijos al detallar otros que no nos excitan tanto la curiosidad: el Tratado de Derecho no-

3 *Historia de los Jueces de Córdoba* por Aljoxani, ed. y trad. por Julián Ribera. Madrid, 1914, pág. 166. También habla en otros lugares de casos ocurridos entre cadíes y notarios, p. e., págs. 196 y 246. Este último merece ser recordado.

“Un narrador de noticias me contó lo siguiente:

“Mohámmed ben Ibrahim ben Elchabab era un hombre que se había dedicado al oficio de redactar contratos. Ahmed ben Baquí ordenó que se inspeccionase escrupulosamente lo que ese notario hacía; desde ese instante los documentos que redactaba fueron sometidos a revisión. Abenelchabab, al notar esto, dijo cierto día:

—: De dónde se ha sacado ese Abenbaquí que él sabe redactar documentos mejor que yo?

Esta palabras llegaron a oídos de Abenbaquí; pero éste se calló, hasta que aquel notario hubo de redactar unos contratos y se los presentaron a Ahmed ben Baquí para revisarlos. Abenbaquí puso todo su ahinco en examinarlos escrupulosamente, hasta que encontró algunas cláusulas que puso en evidencia, como defectuosas, y le dijo en seguida:

—Hay que cambiarlas.

El notario las cambió. Luego trajo documentos y Ahmed ben Baquí se los censuró también. Al fin Elchabab le mandó a decir:

—Confíesote que sabes tú de esta materia más que yo, y estoy dispuesto a proclamarlo públicamente; pero te suplico que dejes de hacer esta inquisición y examen tan minucioso y tan repetido, porque, de continuar haciendo eso, juro que no redactaré un solo documento.

Abenbaquí, de allí en adelante, no sólo no le dijo nada, sino que le trató con indulgencia.”

En el aire general de la narración se ve que Elchabab era todo menos un funcionario auxiliar del cadí.

4 Abu-chafar Ahmed ben Moguit ben Ahmed ben Moguit el Sadafí, natural de Toledo. 406 (1018) 459 (1066) Conf. *Assila* de Aben Pascual, ed. Codera, núm. 122, y nuestro artículo *Formularios notariales de la España musulmana*, publicado en *La Ciudad de Dios*, mayo 1926.

tarial de Abenmoguít de Toledo⁴, que se conserva manuscrito en la Biblioteca de la Academia de la Historia, dedica dos folios de nutrida lectura a exaltar “la carrera notarial y sus excelencias entre las demás profesiones de los moslimes”; en ellos, a vueltas de unas cuantas estrofas que inserta, alardeando una erudición filológica que, por cierto, no tiene nada de extraordinaria, apenas si nos dice más que están encargados de redactar escrituras, que deben dominar la lengua árabe y conocer suficientemente aquellas cuestiones jurídicas acerca de las que han de aconsejar a sus clientes; y como enseñanza práctica total, añade al terminar el capítulo una enumeración de las fórmulas de uso corriente para designar a las partes, hacer resaltar su diversa situación en el negocio jurídico, referencias a otro lugar de la escritura en que han sido mencionadas, etc.

Para el uso de estos funcionarios se compusieron bien pronto colecciones de modelos, ajustados a la legalidad y al uso práctico; pero no se crea que se trata tan sólo de modelos escritos; estas colecciones constituyen nada menos que la manifestación de una de las ramas de la enciclopedia jurídica musulmana. Veamos lo que dice de tal ciencia el gran Diccionario bibliográfico de Hachijalifa⁵: “Trata de cómo se ha de asegurar en juicio la efectividad de las escrituras que hacen prueba; su objeto, pues, es el modo legal de redactarlas. Los principios en que se funda tal ciencia se han de tomar de la ciencia jurídica en parte y también de las artes de redacción y composición, que a su vez se fundan en la autoridad del uso, en el ejemplo de lo ya escrito y en razonamientos lógicos. Entre las ciencias jurídicas está clara su colocación y finalidad, que es hacer más sensible y práctico lo preceptuado; en las literarias, el uso recto y claro del lenguaje.”

Desde el punto de vista jurídico, añadimos nosotros, desde luego es su principal objeto el asegurar la eficiencia ante los tribunales de las escrituras redactadas conforme a los principios de la ciencia notarial o conforme al formulario de que haga uso el notario; pero no queda tampoco en segundo lugar, al menos por la extensión que suele concedérsele, la interpreta-

⁵ Edic. *Cairo*, tomo II pág. 58.

ción de las cláusulas usadas o elegibles. El Formulario, llamémosle así, aunque quizá un poco impropiamente, no se destinó sólo a los notarios; es también útil a los jueces: en él se prevén todos los sentidos de que es susceptible una cláusula, las diversas hipótesis a que puede ser aplicada y su distinto valor en cada una: el notario, sí, debe conocer estos criterios de interpretación para aconsejar a los clientes; pero a base de suponer al juez suficientemente versado en la interpretación que a las diversas estipulaciones ha dado la tradición.

No encontramos nada más semejante a estas obras que los formularios de la época de los comentaristas.

El clásico de Rolandino⁶, con todos sus aditamentos y comentarios, aun en su estructura externa, podría pasar por una adaptación del de Abensalmún. Claro está que nada podemos ni intentamos deducir de esta semejanza.

Esta estructura del Formulario jurídico musulmán exige una ulterior explicación: ante el problema, imposible de desconocer, de la posibilidad de influencias entre el Derecho musulmán y el de los reinos de la Reconquista española, apoyado en el hecho de la coexistencia de las instituciones jurídicas de ambos pueblos y de su contacto y en la vehemente presunción, quizá en muchos casos demostrable, de su fusión, ¿qué valor hemos de conceder al formulario? Este problema tal vez deba ser previamente descompuesto en otros, supuesta la mayor probabilidad de influencia en el Derecho vivido al margen de la legalidad, que en el estereotipado en las obras doctrinales de los jurisconsultos. ¿El Formulario debe ser considerado como representante del Derecho científico o del vivido? ¿Existió en el Islam esta diferencia u oposición entre ambas modalidades? El Formulario, tal como se nos presenta, parece tener más de obra de jurisconsulto que de repercusión del obrar jurídico del

6 *Summa totius artis notariae Rolandini Rodulphi Bononensis viri praestantissimi, per totum orbem celebratissimi, omnibus tam ius docentibus, quam advocatis, causarumque patronis, atque notariis summum in modum utilis et necessaria, etc., etc. Venetiis ex officina Damianis Jenarii MDCLXXXVIII.*

No queremos insistir en una semejanza que nada insinúa; pero es extraño, incluso, la coincidencia de la portada de la edición veneciana con la edición de Aben-salmun.

pueblo en la doctrina. Pero ¿no podríamos admitir que fué el instrumento más poderoso de aclimatación de la doctrina en la práctica de la vida?

Más abajo hemos de insinuar la posibilidad de que una de las instituciones contenidas en los trozos que traducimos debe precisamente su existencia legal y su amplio desarrollo a la presión de la vida jurídica en la doctrina: pero, con todo, la estructura del Formulario nos detiene antes de pronunciarnos por una solución, para la que reconocemos que no existen en la actualidad bases suficientes, aunque sí una presunción de una fuerza extraordinaria en la consistencia de la ciencia notarial, en su adaptación a la metodología jurídica, encasillamiento en la escuela teórica del autor y otros tantos y tantos indicios que nos impulsan a dar al Formulario musulmán la consideración de obra científica. Pero al mismo tiempo, ¿cuánto sugiere la existencia de un instrumento como éste para aplicar a la vida una jurisprudencia que tiene, además, sobre las conciencias el peso de emanar de una autoridad divina!^{6 bis}.

La permanencia, la inmutabilidad del Derecho científico, tiene en este caso un reflejo digno de consideración: la fórmula notarial con todo su cortejo de comentarios y discusiones para cada una de las cláusulas se fija invariablemente; pasan los años y los siglos, y en los países más distantes se hace uso de unas mismas palabras para fijar por escrito las estipulaciones. En el apéndice reproducimos varias fórmulas y un acta matrimonial que comprueban suficientemente lo dicho. En España, con una diferencia de más de tres siglos, Abuchafar de Toledo, † 459 (1066), y Abensalmún, † 767 (1365), usan y aconsejan fórmulas que coinciden literalmente. Casi en nuestros días Tasulí, en su comentario a la *Tohfa* de Abenasím, los reproduce, incluso en

^{6 bis} Este mismo vehículo notarial pudo contribuir a la introducción del derecho islámico en los territorios cristianos: el cargo notarial estuvo en gran medida confiado a árabes en los reinos del norte. "Llama realmente la atención la enorme cantidad de documentos autorizados por individuos de nombre musulmán" dice el señor Puyol. (Véase su obra *Orígenes del Reino de León y de sus instituciones políticas*, Madrid, 1926, pág. 135, donde documenta convenientemente su observación). Es bastante probable que tales funcionarios no pudieran evitar el aproximar a las musulmanas las estipulaciones en que intervenían y que redactaban.

el texto alcoránico citado en la de Abensalmún; nuestros mudéjares lo usaban en el siglo XIV, y aun hoy en Marruecos se reproduce en el uso diario⁷.

¿Quiere ésto decir que, supuesta esta inmutabilidad, bastará conocer una obra jurídica musulmana para poder formarse una idea de toda la variedad posible en la doctrina y en la práctica del Derecho? Repetimos que este es un problema muy complejo y acerca del que no estamos, con el material publicado en la actualidad, en condiciones de dar una solución. En cualquier caso se puede desde luego afirmar que con un solo texto, representativo de una sola época o escuela, no se pueden sentar conclusiones a las que se pretendan dar una validez absoluta; más aún en un asunto tan difícil como el de las relaciones entre instituciones jurídicas musulmanas y las de otro cualquier pueblo.

A confirmar esto esperamos contribuyan los capítulos que traducimos del Formulario notarial de Abensalmún de Granada.

Pertenece a uno de los tratados, acerca de cuya inmutabilidad, por las bases religiosas en que se sustenta, y de cuya irreductibilidad a cualquier otra doctrina o legalidad, por el fantasma aterrador de la poligamia y el harem, suele tenerse una opinión formada *a priori*, no por eso menos incommovible; imposible que haya asimilado la jurisprudencia islámica, en lo referente al matrimonio, nada de los pueblos cristianos, en cuyo íntimo trato se formó; que las bases del matrimonio, fijadas en la doctrina teológica anterior, cedieran lo más mínimo para aceptar intromisiones de la doctrina o práctica cristiana; imposible que el odio de raza y el espiritualismo cristiano de nuestros siglos medios tuviera el más remoto contacto con el ambiente de rebajamiento moral de la familia musulmana.

Claro es que actualmente nadie se atrevería a suscribir en absoluto tales afirmaciones; pero en el fondo ¿se aleja mucho de ellas la íntima convicción de la mayoría de las personas que tratan de estos asuntos? Al menos no muestra otra cosa el profundo desinterés que les inspiran estas cuestiones.

Veamos prácticamente algunos puntos que mostrarán su falta de fundamento.

⁷ Véase el apéndice.

El régimen de bienes dentro del matrimonio y más aún las estipulaciones por razón del matrimonio, existiendo como existieron en España tantos casos de matrimonios entre adeptos de las distintas religiones ^{7 bis}, es muy posible que pudiera haber sufrido ya en el Islam el influjo de la práctica española, ya viceversa. En esta materia, antes de poder sentar el pie en firme reconocemos que habría que hacer muy detenidos estudios por la semejanza, que casi llega a exacta coincidencia, entre las instituciones dotales germánicas, a cuya conservación tanto hubo de contribuir su incorporación al *Liber iudiciorum*, y las islámicas. Pero en nuestra Edad Media surge un nuevo factor, diverso de ambos, que logra al fin imponerse: la dote a la romana.

¿Fue su invasión obra exclusiva de la doctrina romanista o del esfuerzo de los legisladores? Las fórmulas y comentarios que traducimos nos presentarán un posible régimen de transición, de prestaciones y contraprestaciones, ampliamente desarrollado también en los derechos cristianos, que facilitaría la explicación de una suplantación de tan enorme trascendencia.

Sentimos no poder suscribir la hipótesis del señor Ureña acerca del *arozar* ⁸; parece indudable, no sólo por los textos que él aduce, sino por otros muchos fáciles de encontrar ⁹, que en nuestro romance tuvo la significación de dote constituido a la mujer por sus parientes; pero no se puede demostrar que el idioma, ni menos la jurisprudencia árabe, le atribuyera tal sentido: tanto en la *Tohfa*, que aduce el señor Ureña, como en nuestro Formulario y en el de Abenmoguít, se emplea siempre en el sentido que ha conservado también el castellano, de *ajuar* ¹⁰.

Y de paso nos creemos obligados a rectificar el cuadro que cree poder formar "de las donaciones por causa de matrimonio

^{7 bis} Véase acerca de esta frecuencia de enlaces, Ribera, *Orígenes del Justicia de Aragón*. Zaragoza, 1897, págs. 26 y sigs., y Puyol, *Historia de los orígenes del Reino de León*, págs. 123 y sigs., con la documentación alegada.

⁸ *Historia de la literatura jurídica*, tomo I, vol. I, pág. 343.

⁹ Véanse por ejemplo, Martínez, Marina, *Ensayo histórico-crítico sobre la Legislación*, etc. Madrid, 1834, pág. 302, nota 2, y los que alega Hinojosa en su estudio *El Derecho en el Poema del Cid*, en *Estudios sobre la Historia del Derecho español*. Madrid, 1903, págs. 108 y 109.

¹⁰ Oportunamente hacemos referencia a esto en la traducción y notas. No tenemos por qué referirnos a las obras orientales, en las que la misma palabra *xuar* suele ser casi desconocida.

en el Derecho árabe-hispano”¹¹. Ni en la *Tohfa*, en que parece fundarse el señor Ureña, ni en nuestro Formulario, ni en ninguna obra jurídica, que sepamos, tienen las palabras *Chihaz* ni *Xuar* el sentido de una donación especial matrimonial; significan pura y simplemente mobiliario, ropas, ajuar o menaje, sin referencia de ningún género a contrato matrimonial.

Otra cuestión ampliamente estudiada en las fórmulas que verá el lector y sus comentarios es la de las condiciones conforme a las cuales puede ser contratado el matrimonio; fijémonos sólo en una: la de monogamia.

No tenemos por qué insistir en la trascendencia de esta condición en lo que se refiere a facilitar uniones matrimoniales entre cristianas y musulmanes —advirtiendo que entre los cristianos no había tantos escrúpulos para dar en matrimonio sus hijas como nos figuramos—, ni en la aproximación de la regulación jurídica del matrimonio contraído con esta condición, a la del cristiano, más en nuestros siglos medios, en los que la disciplina eclesiástica no había aún adquirido la fijeza a que hoy estamos acostumbrados y cuyo espejismo con tanta frecuencia nos deslumbra al estudiar cosas de otras edades^{11 bis}. Lo que principalmente

11. Obra y tomo citados, pág. 344.

11 bis. Sería interesante un estudio del carácter jurídico que pudieron tener las frecuentísimas relajaciones de las bases fundamentales del matrimonio de que dan fe los documentos cristianos. Con datos, tomados a la ligera, y sin extendernos a un exámen expreso de las fuentes, podemos indicar las siguientes:

Unión con concubinas. Véase Puyol, obra citada, pág. 133, nota 4. Hasta parece que se admite legalmente la situación al considerar como una especie de filiación *sui generis* la de Mauregato “de serva tamen nati” del Cronicon de Sebastián; no digamos nada de la barraganía tan extensamente reconocida en los fueros municipales, sobre todo en los de época un poco tardía. (Véase la exposición, no superada todavía, de Martínez Marina en su *Ensayo*, I, 261, aun cuando quizá sea un poco exagerado al afirmar que “nuestro antiguo gobierno... toleró y aun en cierta manera autorizó la poligamia”.)

Divorcio y repudiación. Véase un caso, con subsiguiente matrimonio de la repudiada en Sampiro, citado por Puyol. Ob. cit., pág. 72, notas 1 y 2. El hecho de que en los fueros Usagre-Cáceres se distinguen “junto a los que se llaman fiadores de arras, los que se presentan como *fiadores de repintaias de C moravedi*, o sea unos fiadores que garantizan la obligación que los desposados contraen de mantener entre ellos firme el vínculo matrimonial”, sería indicio para Mayer (*El antiguo derecho de obligaciones español según*

nos ha excitado la curiosidad en este punto ha sido el hecho de su tardía aparición y de su difusión en España, tan superior a la de otras comarcas. ¿Sería éste un caso de filtración cristiana en el Derecho islámico, a través principalmente del Formulario jurídico? Ya verá el lector la repugnancia con que los doctores de los primeros tiempos miraban que se añadieran condiciones al matrimonio¹². Poco tiempo después y precisamente en España, pierde terreno la tendencia de Malic a declarar ilícitas las condiciones y nulo el matrimonio al que se ponen; en Abenmoguít está ya la estipulación de monogamia perfectamente definida y sus cláusulas son objeto de la más detenida exégesis, apoyada en la autoridad de tratadistas *españoles* de Derecho notarial.

En obras no españolas es poco frecuente encontrar alusiones a este asunto, y aun en España, exceptuando los tratadistas notariales, tampoco suelen dedicar a la cuestión un estudio particular.

En Halil¹³ se hace una alusión leve a este asunto, y hay que tener en cuenta la enorme difusión que alcanzaron en África las obras de Derecho españolas y la frecuencia con que las cita Halil.

La *Tohfa* no se ocupa del asunto, y no digamos nada de la *Risala del Cairuaní*¹⁴, por no citar otras obras. Buscar una referencia al particular en los manuales europeos de Juynboll, Zeis, Sachau o Nauphal es inútil. El mismo Santillana, en su reciente y completísima obra *Istituzioni di Diritto musulmano malichita*¹⁵, no hace mención de las condiciones, y menos de esta de la monogamia, y debe tenerse en cuenta que para la redacción de esta obra ha utilizado su autor todo el material, publicado ya en Europa, ya en Oriente. ¿El hecho de la conviven-

sus rasgos fundamentales. Barcelona, 1926, pág. 208) "del derecho allí imperante, que permitía que este vínculo pudiera quebrantarse por las partes arbitrariamente". Cree observar lo mismo en los fueros de la familia Ternel-Cuenca.

12 Aben Salmun, V.

13 *Il Muchtasar*, trad. Santillana, págs. 51 y 52. Véase trad., nota 21.

14 *Risala ou traité abrégé de Droit Malekite*, trad. E. Fagnan. Alger, 1914.

15 El título completo es *Istituzioni di Diritto musulmano Malichita, con riguardo, anche al sistema sciáfiita*, vol. I. Roma, 1926.

cia más íntima de cristianos y musulmanes en España será la explicación de estos capítulos, que encontramos *exclusivamente* en autores españoles, como materia autónoma?

A lo menos en otros países, o la población cristiana fué absorbida por la musulmana, o se convirtió al islamismo, o no logró, como en nuestro suelo, junto a la convivencia, mantener una significación política como la de los reinos cristianos de la Reconquista, sobre todo en las épocas relativamente tardías en que empiezan a consignarse en los formularios estas cláusulas.

Estos trozos que traducimos están tomados de la obra de Abensalmún de Granada titulada كتاب انعقد الامتظم لناحكام فيما يجرى بين أيديهم من العقود والاحكام لانفقيه أبو محمد عبد الله بن عبد الله بن علي بن سلمون الكنازي *Libro de la contratación, coleccionados para los jurisconsultos, conteniendo las materias que más frecuentemente suelen ocurrir, tanto en la redacción de documentos como en las resoluciones judiciales.* Su autor *Abu Mohamed Abdala ben Abdala ben Ali ben Salmún el Cananí.*

Frecuentemente editada en el Cairo y muy usada aún hoy, la hemos preferido por representar uno de los últimos momentos de la evolución de esta rama del *fiq* en nuestra patria; ya a raíz de ser compuesta nos asegura Abenaljatib que fué de las más usadas y de las mejores en su materia¹⁶.

Hemos usado la edición del Cairo de 1302 (1885) al margen de la obra de Abenfarjún, citada en la nota 1.^a, que coincide exactamente con el manuscrito escurialense 1092^{16 bis}, con el cual la hemos confrontado.

¹⁶ *Ihata*, ms. escurialense, fol. 378. Acerca de los ms. de Abenaljatib, existentes en esta biblioteca, véase. P. Melchor M. Antuña, O. S. A., *El polígrafo granadino Abenaljatib, en la Real Biblioteca del Escorial*. Escorial, 1926.

^{16 bis} Casiri describe este códice arbitrariamente en su *Biblioteca arábico-hispana*. I. MLXXXVII. Véase el Catálogo de Ms. árabes próximo a publicarse de los PP. MM. Antuña y N. Morata. Existe otro ejemplar de esta obra en la Biblioteca Nacional. Véase el *Catálogo* de Guillén Robles, XCVIII (Madrid, 1889, pág. 49). La traducción del título de la obra que da Guillén Robles es aceptable, aunque sería más exacto *el collar engarsado*; hemos adoptado la que aparece en el texto, por preferir dar a la palabra عقد el valor que usualmente tiene en las obras de jurisprudencia.

Abenaljatib nos da la fecha del nacimiento de su autor, 695 (1295) y Abenfarjún la de su muerte, 767 (1365)¹⁷; ambos se hacen lenguas de su prodigioso saber jurídico y de su habilidad en la redacción de documentos; sabemos también por ellos que mereció ser elegido para el cargo de cadí de la aljama de Granada, su ciudad natal.

Sus estudios fueron dirigidos por los sabios más eminentes de su época; ellos le iniciaron en la ciencia del Derecho y con ellos, o luego, por su cuenta, recorrió lo más notable de lo escrito hasta entonces en España y fuera de ella, respecto a cuestiones jurídicas y en particular notariales.

Una lista escueta y sin comentarios de los más salientes entre los autores que cita en su Formulario nos dará una idea de la extensión de su cultura.

Aparte del fundador y del principal propagador y expositor de la escuela malequí, Malic y Sahnun¹⁸, merecen ser mencionados los siguientes, siquiera no sea más que indicando las fuentes donde pueden ampliarse los somerísimos datos, de los que creemos no debemos extendernos

Abenalatar, cordobés, cadí de Toledo y autor de una excelente colección de Derecho notarial, † 399 (1008)¹⁹.

Abenalmachxún, discípulo de Malic, † 164 (780)²⁰.

Abenalmawas, † 269 (882)²¹.

Abenlaxir, discípulo de Sahnun, † 260 (873)²².

Abendahun, cordobés, † 231 (845)²³.

Abenfatjún, cita dos alfaquíes toledanos de este nombre Abenpascual, que murieron, respectivamente, los años 393 (1003) y 424 (1032)²⁴.

17 Brockelmann, *Geschichte der Arabischen Litteratur*, II-264 y lugares citados. Preparamos un estudio acerca del sabio jurisconsulto granadino, sus maestros y su biblioteca.

18 Véase acerca de ellos nuestro artículo, ya aludido, *Formularios notariales*, y las obras en él citadas.

19 Véase *ibid.*, pág. 260.

20 Abenfarjún *Dibach*, 159.

21 Brockelmann, I, 177.

22 Abenfarjún, *ob. cit.*, 237.

23 *Ibid.*, 140.

24 *Assila*, 990 y 991.

Abenlobaba, historiador famoso y gran jurista, murió en Córdoba largos años y muy versado en Derecho notarial, † 314 (926)²⁵.

Abenmoguit, de Toledo, autor de la obra de Derecho notarial a que tantas veces hemos hecho referencia y que fué, sin género de duda, una de las principales fuentes de Abensalmún, † 459 (1066)²⁶.

Abennafia, de Medina, † 186 (802)²⁷.

Abenquinana, contemporáneo de Malic²⁸.

Abenynas, uno de los autores que utilizó Halil para su famoso *Muchtasar*, † 451 (1059)²⁹.

Abensahl, † 468 (1075)³⁰.

Abualualid, el famoso jurista cordobés, cadí de la aljama y autor de la obra, tan difundida aun hoy, *Mocadina*, † 450 (1058)³¹, abuelo del conocido filósofo español, su homónimo, Averroes, autor a su vez de una preciosa obra de Derecho, citada con más frecuencia aún por Abensalmún que la de su abuelo³².

Abuimaran, el Fasi (de Fez) maestro de Abdelhac † 430 (1038)³³.

Asbag, compañero y discípulo de Abenalcasim y de Axhab, † 255 (868)³⁴.

Axhab; como se podrá ver, suele coincidir con él en sus opiniones el anterior, † 204 (819)³⁵.

25 Véase nuestro artículo *Formularios* y los autores allí alegados, página 272.

26 Ibid., pág. 270.

27 Abenfarjún, 136.

28 Ahmed Baba, *Nayl al ibtihach* (al margen de la edición del Cairo de Abenfarjún), 263.

29 Vid. Guidi, *Il Muhtasar o sommario del Diritto malechita*. Milano, 1919, pág. 2, nota 5.

30 Abenfarjún, 181.

31 Brockelmann, I, 384.

32 De esta obra, cuyo título es كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد tenemos una preciosa edición, costeada por el ex sultán de Marruecos Muley Hafid, en el Cairo, 1327 (1916); en ella puede verse un extracto del *Dibach* en lo referente al filósofo.

33 Abenfarjún, 344.

34 Ibid., 97.

35 Ibid., 98.

El Bechí, célebre juriconsulto malequí, antagonista de Abenházam, † 474 (1081)³⁶.

Benabisamanim, cordobés, autor de una excelente obra de Derecho notarial, † 398 (1007)³⁷.

Benalcasim, el discípulo de Malic, a quien va dirigida la *Almodauna*, † 191 (806)³⁸.

Benhabib, el introductor en España del rito malequí, † 238 (852)³⁹.

Ben Vahib, discípulo inmediato de Malic, † 197 (812)⁴⁰.

Ismael el cadí, el primero que difundió la escuela malequí en el Irac, † 282 (895)⁴¹.

El Masarí, de Mazara, en Sicilia, una de las fuentes más importantes de Halil⁴².

Yahya. En nuestro trabajo *Formularios notariales*, tantas veces citado, indicábamos dos hipótesis acerca de la identificación de este personaje; no hemos encontrado en Abensalmún ninguna razón para optar por ninguna de las dos⁴³.

Una de las fuentes que más han influido en el Formulario de Abensalmún es, sin duda, la obra que cita con tanta frecuencia, *Alistigna*, y cuyo autor no cita; es, sin duda, el tratado de metodología jurídica que con este título escribió unos años antes Sihabaddin Ahmed ben Idrís, † 684 (1285), y del que conserva la biblioteca de El Escorial un magnífico manuscrito⁴⁴.

Creemos no necesitará el lector más indicaciones: en la tra-

36 Véase la interesante biografía de este autor y la historia de sus polémicas con Abenházam en *Abenházam de Córdoba y su Historia crítica de las ideas religiosas*, por Miguel Asín Palacios, tomo I. Madrid, 1927. pág. 101.

37 Véase nuestro artículo *Formularios*, pág. 269, donde damos el título de la obra.

38 Brockelmann, I, 176.

39 Véase nuestro art. *Formularios*, pág. 271.

40 Abenfarjún, 132.

41 Ibid., 92.

42 Véase el trabajo de don Miguel Asín. *Un faquih contradictor de Al-Ghazali. Extr. de Centenario della nascita de Michelle Amari*. Vol. II. Palermo, 1910, págs. 216-244.

43 Pág. 271.

44 Vid. Brockelmann, I, 375. Nos referimos al ms. 420, que contiene los 51 capítulos que dedicó el autor citado "a las excepciones admitidas por el Derecho malequí".

ducción que sigue nos hemos esforzado en reproducir lo más exactamente posible la frase árabe, cuyo tecnicismo, en lo jurídico es difícil de hacer pasar a cualquier idioma europeo.

La división es fundamentalmente la que indica el texto y recogen los índices de la edición que hemos manejado.

P. JOSÉ LÓPEZ ORTIZ,
Agustino.

LIBRO DE LA CONTRATACIÓN, COLECCIONADO PARA LOS JURISCONSULTOS, CONTENIENDO LAS MATERIAS QUE MÁS FRECUENTEMENTE SUELEN OCURRIR, TANTO EN LA REDACCIÓN DE DOCUMENTOS, COMO EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES, COMPUESTO POR EL INSIGNE JURISCONSULTO ABU MOHAMED ABDALA BEN ABDALA BEN SALMUN EL CANANÍ.

En el nombre de Alá, el clemente, el piadoso; la misericordia de Alá y sus gracias y su salvación desciendan sobre su enviado (protéjale y sálvele).

Dice el venerable alfaquí Abu Mohamed Abdala ben Abdala ben Alí ben Salmun el Cananí (tenga Alá piedad de él, muéstrele misericordioso y dignese hacernos provechosa su ciencia, amén).

Loado sea Alá, el omnipotente, el glorioso, cuya ciencia sobrepasa infinitamente la de los hombres. Apiádese Alá de nuestro señor Mahoma, señor de los hijos de los hombres, en quien puso sello al apostolado; de sus gloriosos descendientes y de sus excelsos compañeros.

Que el estudio de las cuestiones legales sea una parte importante de la ciencia religiosa y que se encuentre en ellas un sólido fundamento para resolver debidamente los asuntos de los creyentes, consta claramente en la narración de Atab ben Azid¹ refiriendo aquellas palabras del merecedor de toda misericordia

¹ Houdas y Martel, en las notas a su traducción de la *Tohfat*, citada más arriba, atribuyen a este jadiz distinta transmisión (pág. 4); no nos detendremos en verificar la identificación de todos los jādices a que se haga alusión: sería un trabajo penoso y de escasa utilidad; también en los primeros versos de la *Tohfat* se hace alusión a esta narración.

y gracia referentes al juicio de los jueces, de cada tres de los cuales se condena uno.

Yo no he cejado en el trabajo de rebuscar por las colecciones de los sabios; he prolongado mis estudios de cuestiones referentes a estos casos en autores antiguos y modernos y he logrado reunir un número considerable de disquisiciones de utilidad y hacer una colección de resoluciones y redacciones de importancia. De ello he recopilado lo más útil, compendiando tan abundante material en una colección, reuniendo así estas materias en pequeño espacio para poderlas ir recordando a medida que lo necesitara; he añadido, por fin, fórmulas usuales como complemento. Creo que he formado así un tratado práctico en sumo grado, hasta el punto de juzgar que pocos le alcanzarán en utilidad.

Quiera Dios que sea lo útil que yo deseo.

El título de la obra es:

Libro de la contratación, coleccionado para los juriconsultos, conteniendo las materias que más frecuentemente suelen ocurrir, tanto en la redacción de documentos como en las resoluciones judiciales.

I

EL MATRIMONIO EN GENERAL

1. *Su calificación jurídicomoral*².

El matrimonio es recomendable, según la mayoría de los juriconsultos: sin embargo, los dahiríes se pronuncian por su obligatoriedad³. Entre los malequíes antiguos hay divergencias;

² Para quien conozca la manera de ser del Derecho musulmán no resultará extraño la mezcla de los aspectos morales y jurídicos de la cuestión. Recomendamos acerca del particular el capítulo II de la obra de I. Goldziher *Le Dogme et la loi de l'Islam*, trad. F. Arín. París, 1920, y los que dedica el señor Asín en su última obra *Abenhasam de Córdoba y su Historia crítica de las ideas religiosas*, tomo I. Madrid, 1927, págs. 112 y sigs.

³ Acerca de esta escuela véanse las dos obras antes citadas y además la obra clásica de Goldziher *Die Zahiriten, ihr Lehrsystem und ihre Geschichte* (Leipzig, 1884). Acerca de los malequíes pueden consultarse las obras de Goldziher y Asín, ya citados.

algunos dicen que no estando un hombre dominado por las tendencias sexuales y temiéndose por otra parte no sea apto para la generación por defecto orgánico o funcional, como vejez o impotencia, si tiene él conocimiento de estos defectos, el matrimonio le sería tan sólo tolerado. Si sintiendo los estímulos sexuales es, con todo, dueño de reprimirlos, o si aun no sintiéndolo es apto para la generación, le sería recomendable. Si no puede dominar sus apetitos y teme caer en la fornicación, sin poder prevenir este peligro con ayunos y privaciones, le será obligatorio. Si no fuera tan inminente el peligro, y, por otra parte, prevé que no ha de poder cumplir las obligaciones que Dios ha impuesto en el matrimonio, le estaría prohibido.

2. *Publicidad y época apta para celebrarle*⁴.

Es recomendable la publicidad del matrimonio conforme a las palabras del merecedor de toda gracia y misericordia: "Publicad el matrimonio, tocad al celebrarle el tambor."

Bastan para la publicidad las actas escritas, los festejos y el convite nupcial. Dice Malic: No habría inconveniente en que en vez del tambor se tocase el *adufe*. Asbag no acepta su sustitución por el *laúd*.

Es también recomendable el convite nupcial, que deberá celebrarse después de la entrada de la esposa en el domicilio conyugal, aunque hay quien dice que antes. El enviado de Alá hizo el convite, cuando se casó con Safia y Zineb, después de la entrada. Es recomendable asimismo que se haga la alocución piadosa (*jotba*) el viernes después de la oración de la tarde. Y como época más apropiada del año se indica el mes *xual* para formalizar el contrato e inaugurar la vida conyugal ya que así lo hicieron el Profeta (sobre él la salud y la paz) y Aixa. (Dios

4 Acerca de estas cuestiones y de los instrumentos músicos mencionados, véase Halil, *Mariage et repudiation, traduction avec commentaires par F. Fagnan*. Alger, 1909, págs. 86 y 87; F. Westermarck, *Les Cérémonies du Mariage du Maroc*, trad. J. Arín. París, 1921. En esta última se describen además minuciosamente otros detalles de interés referentes a usos y costumbres de las tribus de la zona de nuestro protectorado en Marruecos y el anónimo valenciano, citado por Gayangos en su edición de las *Leyes de Moros* (*Memorial Histórico Español*, V. Madrid, 1853, pág. 16, nota 3).

—sea exaltado— se complazca de ella.) Según otra tradición sería preferible el Ramadán, ya que éste sería el mes en que casó Aixa.

3. *Condiciones de valides.*

Lo primero que hay que atender en el matrimonio es a su validez, que no se conseguirá si no se reúnen los siguientes elementos: 1.º, un valí; 2.º, dote; 3.º, testimonio fidedigno.

a) *Del valí.*

Es una condición esencial del matrimonio, ya que si no concurriera a él y lo contratara la mujer por sí sola, o sería nulo o necesitaría ser convalidado por un valí legítimo.

b) *De la dote.*

No es lícita la consumación del matrimonio prescindiendo de la dote. Es lícito aplazar parte de ella. Sólo puede perdonarla el valí, que puede casar a la mujer prescindiendo de su consentimiento. Malic no admite más que este caso de matrimonio sin dote.

c) *Testigos, solemnidad y fórmula.*

No se puede contraer matrimonio sin testigos; también han de concurrir antes de la consumación. Si se consumara el matrimonio antes [4] del testimonio se incurriría en pena legal⁵, ésto tendrá que constar con certeza, ya que de otro modo no se incurriría en la dicha pena. Algunos autores antiguos opinan que cuando confiese el varón que ha consumado el matrimonio, o se le demande judicialmente por haber tomado esposa o haber cohabitado con la esclava de otro, o de haberla comprado sin testigos, será reo de pena legal; tal opinan los discípulos de Benalcasim. En cambio Axhab sostiene lo contrario. Dice Benhabib en su *Vadiha*: “Si celebraran el matrimonio sin testigos, pero luego suplicaran este defecto antes de la consumación, se convalidaría el contrato.”

⁵ En Juynboll, *Manuale de Diritto Musulmano*, etc., se define y explica perfectamente las penas de diversas clases; véase cap. X, págs. 189, 193 y siguientes.

No se formalizará el contrato sino haciendo uso de las fórmulas usuales ya de antiguo, como "te tomo en matrimonio", "te doy por esposa", etc.

Es preferido para valí el señor respecto a la esclava, luego el hijo y los hijos de éste, después el padre; aunque hay quien opina que es anterior el derecho del padre al del hijo, luego el hermano y su hijo, después el abuelo, dudando algunos si deba ser antes el abuelo que el hermano, en fin, los demás parientes por el orden en que les corresponde ser llamados a la herencia⁶.

II

FÓRMULA GENERAL DE MATRIMONIO CUANDO CASA EL PADRE A SU HIJA VIRGEN SOMETIDA A SU TUTELA

Loado sea Alá, Señor de los mundos; desciendan sobre Mahoma nuestro Señor, sello de los profetas y apóstoles, la salud y la paz, así como sobre sus descendientes y compañeros todos ellos, etc.

Esta es la carta de matrimonio estipulado con la bendición de Alá por fulano y fulano, por su hija virgen en su tutela fulana, por tal dote, suficiente. Parte diferida y parte al contado. La parte entregada es tal, cuya obligación queda cancelada y la diferida tal, habiéndose de pagar en tal plazo.

La toma por mujer conforme a las palabras de Alá, el excelso, el inmenso, y conforme a la tradición de nuestro Señor Mahoma, su profeta el glorioso. Según lo mandado por el Corán, "vive con ellas en benignidad o repúdielas con generosidad" (Sura, II, 229), ya que es su compañía tan agradable y su trato tan suave. Las obligaciones del hombre para con ellas son semejantes a las de ellas para con él, aunque teniendo en cuenta la superioridad del hombre conforme a las palabras de Alá, el excelso, el sublime "los hombres son superiores en un grado a las

⁶ "Si no hobiere padre nin madre, los parientes de la una parte et de la otra, que la hobieren de heredar, la casen", dice el fuero de Sepúlveda, citado por Martínez Marina. *Ensayo* I, 298, nota 1. Responde a la ordenación agnaticia de la familia preislámica con ligeras variantes.

mujeres y Dios es poderoso y sabio (ibid., 228)". Es el contrato conforme al dominio que Alá le concede a él en las cosas de ella poniéndola bajo su autoridad.

Es valí de ella su padre, y ella es virgen bajo su tutela, sana de cuerpo y espíritu, libre de vínculo matrimonial y de espera legal por viudedad, en estado de contraer lícitamente matrimonio y habiéndole sido hechas las indicaciones recomendadas para conocer su consentimiento.

Dan fe respecto al esposo y al padre de la esposa citados, respecto a lo que de ellos se ha expresado los testigos, que los conocen y hacen constar que los encuentran en estado de salud y de contratar lícitamente.

En tal fecha, etc., etc.

EXPLANACIÓN Y JURISPRUDENCIA

La petición en matrimonio es recomendable; no juzgo oportuno, con todo, extenderme en explicarla.

Se entiende por dote (*sadac* o *açidaque*, de nuestros aljamia-dos) aquello que da el marido a la mujer en el contrato de matrimonio; recibe también el nombre de don (*mahr*); se llama también dote a la escritura matrimonial en la que se da fe de la celebración del matrimonio, aplicándosele indistintamente el nombre de escritura dotal y matrimonial ^{6 bis}. [5]

La dote, o sea el don, tiene fijado como minimum un cuarto de dinar o tres diremes o cosa de valor equivalente. Celebrándose el matrimonio con menor dote, existen en la *Almodauana*⁷ dos soluciones distintas respecto a su validez: la una, que es nulo antes y después de la consumación; la otra, que lo es antes pero no después. ¿Tendrían aplicación estas dos opiniones al caso de negarse el marido a suplir lo que falta para completar la dote? ¿O sería indiferente, al ocurrir que la dote no llega al límite mínimo, el que el marido se niegue o se preste a completarla? Acerca del particular hay entre los antiguos opi-

^{6 bis} También existe esta sinonimia entre la carta dotal y matrimonial en nuestros documentos cristianos, véase *El Derecho en el Poema del Cid*, de E. de Hinojosa, en *Estudios sobre la Historia del Derecho Español*. Madrid, 1907, pág. 108, nota 1.

⁷ La obra más famosa de Salimun.

niones encontradas. Una parte de los jurisconsultos suele reputar lícito el matrimonio, aunque diferenciándose en las cantidades cuya omisión podría invalidar el matrimonio, fijándolas unas más elevadas y otras menos. Tal opina la escuela de Aben-almosaib; dentro de ella se distingue Abenvahib, que estima en un direm la cantidad suficiente para anular el matrimonio.

En cuanto a lo que puede aumentarse, no hay límite ninguno.

Quería Omar, de quien Alá (sea exaltado) tenga misericordia, fijar el *summum* en cuatrocientos diremes, y cuentan que le arguyó una mujer con aquellas palabras del Corán: "Si dieras a tu mujer en dote un talento... (Sura IV, 24)"; se fundaba Omar en que esta suma de cuatrocientos diremes era la que el Profeta —sobre él la salud y la paz— había dado usualmente a sus mujeres; pero cuando oyó a la mujer, exclamó: "¡Ah, Omar, Omar, eres el más necio de los hombres; hasta las mujeres te dan lecciones!"

No habrá dificultad ninguna en interpretar el montante de la dote cuando se pacte taxativamente en dinares o diremes. Si no se hablase de ellos expresamente la mujer tendrá derecho al precio de una esclava en la comarca y en la fecha del matrimonio; en caso de duda se tomará el más frecuente, si es constante el usual; se asemeja ésto al caso de dar en dote un esclavo, en el que no habría por qué reparar en si habría de ser negro o cobrizo, etc.

La parte de la dote al contado es la que se entrega de presente. No queda libre el esposo de la obligación de hacer la entrega hasta que no conste de un modo fehaciente la aceptación. Hace mención Benabizamanim en su tratado de Derecho notarial de dos opiniones diversas respecto a la interpretación de la escritura en el caso en que sin más adiciones se dijera: "La parte al contado ha sido tal"; una de estas opiniones es que con esta expresión se establece la cancelación de la obligación del esposo; tal opina Sahnun, ya que el sentido de "la parte al contado de ella" es sin duda "la entregó", "la dió"; la otra opinión es que es necesario para la cancelación que conste expresamente la aceptación; ésta es preferida por Benhabib ^{7 bis}.

^{7 bis} También encontramos en los reinos cristianos esta posibilidad de dividir el pago de la dote. Preceptúa el Fuero de Uclés: "28. *De arras.*"

La esposa puede oponerse a la consumación del matrimonio mientras no se acepte la parte al contado de la dote; puede, sin embargo, consentir antes de la aceptación con tal de que se haga entrega de un cuarto de dinar [6].

La parte aplazada (*Cabay* con *hamsa*) es aquella cuya entrega se difiere. Si se contrajera el matrimonio sólo con esta dote prometida, prescindiendo de la parte al contado, sería nulo.

Se puede, conviniendo las partes, aplazar esta entrega hasta veinte años, sin que afecte a la validez del matrimonio. En cambio si se pasa de este plazo es la cosa dudosa: hay quien dice que es nulo en pasando de él, como Abenvahib; otros que si pasa de cuarenta años, como Benalcasim toleraba; otros llegan a los cincuenta, sesenta, setenta y aun ochenta, como recuerda Benalcasim haber oído a Asbag. Benalcasim prefería el término de cuatro años o seis, poco más o menos, reprobando lo que exceda tal plazo. Otros diez años, reprobando también el pasarlos como Asbag y Axhab. Otros, en fin, se contentan con recomendar no exceda de veinte años, sin marcar predilección ni aversión dentro de ellos por ningún plazo.

Si se olvidase hacer mención del plazo, el matrimonio se anularía antes de la consumación y se consolidará después con una dote de equivalencia⁸ que no será menor que la entregada, ni se ha de detraer de ella, ni considerarla como su complemento, ni del de la parte aplazada, ni se ha de imputar a ellas. También el Aisí opina que es nulo el matrimonio en que no se precisa el plazo de entrega de la dote prometida.

Dice Ben Moguit en su tratado de Derecho notarial: "cuando no se expresa el plazo en el que ha de ser entregada la parte prometida de la dote, es con todo lícito el matrimonio, asignándose el plazo acostumbrado en la comarca para hacer la entrega; por analogía al caso de la venta a opción, cuando no se le

⁸ "Totus homo qui arras ovire a dar non det mas de XX. morabetinos; tercia pars in boda por foro duces..." *Uclés, Residencia maestral de la Orden militar de Santiago*, por Pelayo Quintero Aauri. Madrid, 1904, tomo I, pág. 93; esta edición reproduce la del padre Fita.

⁸ Acerca de la dote de equivalencia, véase David Santillana. *Istituzioni di Diritto Musulmano Malichita*, vol. I. Roma, 1926, pág. 171. Es, en resumidas cuentas, la dote que en condiciones normales correspondería a una mujer de las condiciones de la que ha de recibir tal dote.

señala plazo." Y en el libro del *Alistigná*, se lee: "cuando dudan el esposo y el valí acerca del plazo en que se ha de entregar la parte aplazada y los testigos han olvidado también tal plazo, si se ponen de acuerdo ambos sobre un límite máximo y otro mínimo, el intermedio entre ambos será el que ha de ser aceptado; si no hay este acuerdo se tomará el plazo máximo que se suele fijar para tal entrega, siendo válido el matrimonio en ambos casos." Si se fija el plazo de entrega para antes de la consumación tendrá la esposa el derecho de retrasarla hasta que conste su entrega y aceptación, conforme a la opinión más difundida en la escuela de Malic. Otros dicen que no debe hacerse el pago hasta después de la entrada de la esposa en el domicilio conyugal y que sólo después de una semana tiene ella derecho a cobrar la suma. Si no puede el marido antes del matrimonio disponer de la cantidad necesaria para este pago por quedar reducido a la miseria, puede la mujer repudiarle antes de la consumación, devolviéndole la parte entregada; después de la consumación pierde tal derecho [7].

Es esta una deuda de la exclusiva responsabilidad del varón.

Dice Abultahar ben Baxir en su *Altanabí*. "Es un derecho de la mujer el exigir el pago de que venimos hablando y de cancelar al tiempo la obligación del marido, en el caso de que la mujer tenga la libre disposición de su persona y bienes, si no la tiene y quisiere su valí, ya sea su padre, ya no lo sea, hacer esta exacción, le es perfectamente lícito según la opinión hoy dominante." Autores más antiguos exigen que no se haga el requerimiento hasta que, expirado el plazo convenido, no se pueda alegar alguna razón especial que obligue a tomar tal determinación. Esta opinión nos parece correcta y es muy seguida por los jueces en sus decisiones.

Las palabras que contiene la fórmula que comentamos: *La toma por mujer conforme a las palabras de Alá el excelso, el inmenso*, se refieren a la profesión de fe "no hay más Dios que Alá, y Mahoma es su profeta", en virtud de las cuales no podrá un infiel desposar a una musulmana. Otros entienden *conforme a las palabras de Alá*, en el sentido de conforme a lo preceptuado en el Corán. Dice el Jatabí que aquellas palabras se refieren a las inmediatamente transcritas del Corán, *Vive con ellas*

*en benignidad o repúdielas con generosidad*⁹. La superioridad en un grado del hombre sobre la mujer es interpretada como sinónimo del derecho de repudio que compete al hombre según Ismael el cadí; otros le interpretan como todo el conjunto de diferencias que Alá ha establecido entre el hombre y la mujer, como lo referente a la guerra santa, al testimonio, al repudio, etcétera, y añaden que esta es la preferencia a que alude el texto coránico: "Los hombres son superiores a las mujeres"... (Sura IV, 38).

Puede variar la fórmula poniéndola a nombre de ella diciendo: *Tomo por esposo a fulano*, o seguir la usual: *La tomo por esposa*, teniendo en cuenta la nobleza del linaje de cada uno, no oponiéndose a esto la intervención del valí, que sólo tiene autoridad sobre la esposa y no sobre el esposo. Ambas formas, desde luego, son lícitas.

Las palabras: *Es el contrato conforme al dominio que Alá le concede a él en las cosas de ella* se refieren a la esencia del matrimonio, o sea a hacer lícita la cohabitación, y pueden ser substituídas por estas otras: *Conforme a lo que Alá le prescribe respecto a los órganos genitales de ella*, lo cual significa igualmente el matrimonio¹⁰.

Tiene el padre la facultad de obligar a la hija menor de edad en absoluto al matrimonio; también puede obligar a la hija virgen aun cuando haya llegado a la pubertad. Es, con todo, recomendable explorar su voluntad. La exploración de la de la separada por invalidez de su matrimonio debe ser como la de la virgen. Acerca de la divorciada por esterilidad hay opiniones. La divorciada por nulidad del matrimonio se equipara a la de matrimonio válido. Respecto a la mujer de edad avanzada y la repudiada después del ingreso en la casa conyugal, pero antes de la consumación efectiva del matrimonio, hay tam-

⁹ Desde luego, estas palabras han de tener un valor excepcional, cuando tanto se repiten en los distintos formularios; véase una muestra en las fórmulas que publicamos como apéndice.

¹⁰ En este pasaje, cuya traducción, confesamos, puede inducir a error, se usa la palabra *بضع* en un sentido que clara y manifiestamente se muestra incompatible con la derivación de la palabra *boda*, que sostiene Ureña. Véase su *Historia de la Literatura jurídica*, tomo I, vol. I. Madrid, 1906, pág. 326. Véase nota 13 bis.

bién dos opiniones, como respecto a la mujer que llega a la pubertad después de ser repudiada. Respecto a la virgen a quien encuentra su marido privada de la integridad corporal, hay también dos opiniones: una de ellas es que no puede reclamar por ello ni volverla a sus parientes a no ser que hubiera estipulado expresamente tal integridad; tal opina Axhab y deduce asimismo Ben Habib de Malic, conforme con la totalidad de los autores antiguos: la segunda es que puede reclamar y devolverla; tal sostiene la escuela de Benalcasim [8]. Dicen Abenalatar en su tratado de Derecho notarial y Aual ben Fatjun en el suyo: "Respecto a la primera palabra y su interpretación, si dijeres *virgen en su integridad corporal* tendría el marido derecho a rescindir el contrato sin género de duda"; en cuanto a las palabras por nosotros recomendadas *Sana de cuerpo y espíritu*, o sea sin aquellos defectos que obligan a declarar la nulidad; aun cuando la encontrare coja o ciega u otra cosa por el estilo no podría reclamar ni rescindir el contrato, según la opinión más corriente.

Dice Aben Moguit: "Si dijeres sin vicios (سليم) en su cuerpo en vez de sana (صحيحة), tendría el marido derecho a reclamar fundado en ésto por cualquier defecto que en ella apareciese. Se le recomienda, con todo, al padre advertir con palabras indirectas al esposo¹¹. Hay juristas quienes opinan que está obligado a consentir en el matrimonio de su hija, entre otros el Auzaí, los Xafeies y el Taurí¹².

Es costumbre antigua el no hacer la escritura hasta que no se haya convenido acerca del plazo de la dote y de todas las demás condiciones especiales.

Se pregunta: ¿a quién de los dos corresponde pagar las hojas en que se escribe el acta y el salario del notario? Sin duda a aquel a quien principalmente es útil, o sea a la mujer o a su valí. El salario de la peinadora dependerá de lo usado corrientemente si le ha de pagar el marido a la mujer.

Dice Abenzahal no será motivo de demanda judicial el que

¹¹ Directamente no puede hacer mención de los defectos a que hace alusión el texto. Vid. Fagnan, *Marriage*, págs. 7 y 51.

¹² Auzaí fué autor de una escuela jurídica que conquistó gran número de adeptos en España antes de la introducción de la malequí. Vid. las obras citadas en la nota 2.

el esposo rehuse pagar el salario de la peinadora, o se niegue a pagar el ornato nupcial (جملوة)¹³ o el salario del tañedor del adufe; en cambio puede serlo el oponerse a costear el convite nupcial conforme a las palabras del Profeta (sobre él la salud y la paz), a Abenahmed ben Auf. "Haz un convite nupcial, aun cuando no sea más que de una oveja" (Bujarí, Nicañ. 7).

El convite, dice Averroes, es cosa recomendable y deseable, a cuyos gastos no debe condenarse al esposo, ya que tampoco la esposa tiene a él un derecho estricto, y Abuabdala ben Atab; "no debe ser condenado el esposo a pagar el festín nupcial ni al cortejo de la esposa, del que convinieron. Si rehusa hacerlo debe ser exhortado, pero no obligado"^{13 bis}.

III

MODIFICACIONES DE LA FÓRMULA

En los casos de que se haga remisión de parte de la dote y de que se asignen para su pago bienes raíces.

1.º *Remisión de la dote*¹⁴.—Se introducirá en la fórmula anterior la siguiente modificación: *Por una dote cuyo total, computada la parte entregada a la prometida y la remisión es tal: la parte al contado es tal y la deducción conforme a la cual se contrata de tal suerte que no sea obstáculo a la validez del matrimonio tal y la parte aplazada tal y a tal plazo.*

Esta remisión es lícita, ya sea la mujer virgen, ya no lo sea;

¹³ Véase Fagnan, *Mariage*, pág. 73.

^{13 bis} Si hemos de entender la palabra *boda* en el sentido que acepta Mayer; *El antiguo derecho de obligaciones español*, trad. Ots Capdequí, Barcelona, 1926, pág. 199, especialmente nota 112, las costas del banquete nupcial conforme a Usagre, etc. (Edición Ureña Bonilla, pág. 26), no serían de la incumbencia de la familia de la novia, sino objeto de una estipulación en la que concretamente se cargan al novio, según el genuino derecho islámico.

Podría haber añadido Mayer bastantes más textos, más significativos aún que el del Poema del Cid para determinar lo que eran las bodas, véase, por ejemplo, el siguiente del fuero de Soria (Loperráez, *Obispado de Osma*, III, 130): "Ninguno non de bodas, más de un día: et aquellos que ourrarle quisieren... qualesquier que audidieren cantando... a bodas..."

¹⁴ Fagnan, págs. 79 y sigs.

ora esté bajo tutela o bien no. Esta es la fórmula corriente para contraer el matrimonio en estas condiciones. Hace mención de ella tanto en el contrato verbal como en la correspondiente escritura Abenyumas [9]. Cuando se estipula como dote una cantidad conocida, se podrá remitir parte de ella diciendo: *La parte al contado es tal y la aplasada tal; a deducir de la dote una cantidad, de la que, no haciéndose mención ni en la parte al contado ni en la aplasada, se ha de imputar a remisión.*

No es lícito a ningún valí contratar el matrimonio de su pupila por menos de la dote media, que a ella habría de corresponder ni siendo este valí la autoridad pública, ni otra cualquier persona, excepto tan sólo el padre, tratándose de su hija virgen, a la que le es lícito casar estipulando una dote por lo menos de un cuarto de dinar, aun cuando la dote media que la podía corresponder exceda de esta cantidad; le es lícito asimismo disminuir de la dote convenida lo que le parezca conveniente o concederle plazos al esposo para pagarla, o aceptar entregas parciales, etc. Todo ésto estaría incluído en las atribuciones generales de la tutela que le corresponde sobre su hija, según la escuela de Benalcasim. En cambio parece desprenderse de las palabras de Malic que no es lícita ninguna disminución de la dote sino en el caso de disolución del matrimonio no consumado, y esto en pequeña cantidad. Ésta es también la deducción que hace de la doctrina de Malic Abenvajib, o sea que en ningún caso será lícita una remisión total de la dote y que sólo en el caso de disolución arriba citado se podría hacer disminución proporcionada.

2.º *Don nupcial consistente en inmuebles*¹⁵.—Después de hacer mención de que la entrega será diferida, dirás:

Y dona el esposo a la mencionada esposa el aumento estipulado de dote, consistente en los edificios sitos en tal lugar, cuyos límites son tales y tales; o en las tierras de regadío que están en tal parte; o en la mitad de las posesiones que tiene en tal sitio; en copartición con él o con otra persona; y le da en ellas la propiedad y el usufructo con todos los derechos y limitaciones con que él los posee. Ésta donación es firme en

15 Acerca de las materias expuestas a continuación no se encuentran más que escasas referencias en los autores orientales.

vistas a completar la dote y concluir, fundándose en ella, el contrato matrimonial, después de examinada y tasada su cuantía y conforme a los usos acerca del particular.

Es preciso que se conceda un derecho de tanteo al consocio en la parte indivisa, cuando el copropietario es distinto del esposo, aunque por el precio de la parte, no por la dote de equivalencia o media que se hubiera convenido.

¿Es lícito a la mujer o a sus causahabientes vender las propiedades así adquiridas antes de la consumación del matrimonio? Acerca del particular existen dos opiniones: una se pronuncia en contra de la licitud, mirando por los intereses del esposo: entre sus partidarios se cuenta el cadí Abenbaxir; la segunda es que es perfectamente lícito, ya que no le irroga al esposo ningún perjuicio.

Cuestión de Averroes: [10] un hombre da a su mujer en don nupcial la mitad de lo que posee en un predio rústico, en copropiedad; después desea vender los frutos del mencionado predio y la mujer le demanda por haberse lucrado con el predio después de habersele donado, y pide su cuota de participación. *Solución:* corresponde la prueba al marido, si no la suministra satisfactoria, jura la mujer y obtiene los derechos alegados.

3.º *Constituye el padre la dote a su hijo.—Se compromete fulano su padre con su esposa fulana en esta misma escritura matrimonial a pagarle la dote íntegra pactada, tanto al contado y tanto a plazos y tal don, si es que se ha pactado además algún don, respondiendo de todo con sus bienes y su responsabilidad personal.*

Entiéndase que decimos constitución, pago efectivo (نكاح) no garantía (كفالة) tan sólo, con el fin de proveer a la validez efectiva y actual del matrimonio. Tal constitución obliga al que la hace, ya en vida, ya después de muerto, ya en abundancia de bienes, ya en escasez, con el fin de dar solidez absoluta al matrimonio, afianzándole con su responsabilidad y siéndole a él exigible, prescindiendo del esposo. Tiene la mujer derecho a rehusar la consumación del matrimonio hasta que reciba la dote. Si se opone a entregarla el que la constituyó no tiene el marido medio ninguno para obligarla mientras ella se oponga; puede, sí, perseguir al que constituyó la dote si se opone a en-

tregarla. Si ella le consintiera la consumación sin entrega de ningún género, no tendría luego ningún derecho a exigir nada del esposo, aunque podría perseguir en justicia al que constituyó la dote, si el esposo se negara a hacerlo, sea quien fuese el que lo constituyó, siempre que lo hubiese hecho en la misma escritura matrimonial.

Dice Abenatab, reproduciendo palabras de Abenmoguit: "si teniendo el hijo bienes propios el padre le constituyese la dote, podría la mujer exigírsela al que la constituyó o a aquel a quien se le constituyó, resolviendo así la dificultad."

Se entiende lo dicho en el caso de que tal constitución se hiciera en la misma escritura matrimonial; si se hiciera después de ella se reputaría como donación, quedando, por consiguiente, sin efecto si no aceptó antes de la muerte del donante, conforme a lo que sostiene Benalcasim. Según Abenalmachxún, le obligaría en cualquier hipótesis.

La diferencia entre la constitución de la dote y su afianzamiento está en que en el primer caso, el que la constituye resulta deudor principal sin derecho a repetir contra nadie; en cambio el fiador tiene siempre este derecho.

Si en la misma escritura matrimonial se hiciese constar la garantía, por ejemplo: *Fulano afianza la dote por el marido*, y no apareciese claro si lo hace en calidad de constituyente o de fiador y consta claro que el matrimonio se ha contratado tomando como base tal cláusula, según la *Almodauana* y la opinión de bastantes juristas se habría de interpretar como propiamente constitución de dote y regulará así su obligatoriedad, para otros sería una mera fianza. La jurisprudencia usual se pronuncia por la primera.

IV

ESTIPULACIONES ESPECIALES RESPECTO A DON NUPCIAL ¹⁶

Si hiciese una donación el padre a su hijo o a su hija, esposo o esposa, respectivamente, u otra cualquiera persona, se puede

¹⁶ No tenemos por qué insistir en la proximidad de todas estas formas de donaciones nupciales a los diversos regímenes posibles de adoptar y adoptados de hecho en las escrituras cristianas de la Reconquista.

hacer constar en el mismo contrato matrimonial de la siguiente manera; después de hacer constar la dote, y el don nupcial dirás: *Dona al esposo su padre, o a la esposa el suyo en este contrato o escritura matrimonial todas las cosas sitas en tal parte, cuyos límites son tales, o tantas fanegas de tierra en tal lugar, cuyos linderos son tales y tales, o la mitad, o la cuarta parte de sus predios rústicos sitos en tal lugar con tales y tales derechos y tales cargas y tal aprovechamiento, en donación perfecta con efecto de separar y segregar tales bienes del patrimonio del donante y constituírlos en bienes propios de su hijo fulano o de su hija fulana, haciéndolo constar en este mismo contrato matrimonial con todas sus garantías.*

Si la persona a quien se hace esta donación tiene la plena capacidad jurídica, habrás de añadir antes de las palabras *haciéndolo constar en este mismo contrato* estas otras: *y le acepta de él el donatario fulano, o fulana.*

Si no se hiciese expresamente constar tal aceptación, se puede remediar mediante otra escritura suplementaria en que se de fe de ella.

Algunos dicen que es nula la donación si no se hace constar expresamente que es a perpetuidad.

Es indispensable hacer constar su aceptación.

Cuando se contrata a base de ella el matrimonio, no es, con todo, indispensable el tomar posesión efectiva de ella; otros dicen que esta posesión es necesaria. El uso corriente está conforme con la primera opinión, ya que aun cuando entrase como parte integrante del contrato matrimonial sería como la entrega de la cosa en un contrato de compraventa.

Cuando el don es precisamente una cantidad en metálico para proveer con ella al ajuar u otros gastos, redactarás así la escritura correspondiente:

Dona a la esposa su padre en este mismo instrumento matrimonial, y por causa del matrimonio tal y tal cantidad de dinero en las monedas corrientes en tal lugar, para su ajuar o menaje, constituyendo este acto una donación firme que afianza con sus bienes y posesiones y establece por tal cantidad ya mencionada una deuda a favor de ella, de la que no se liberará

sino mediante una fianza legal, contratándose conforme a ella el matrimonio por cuya causa se constituye.

Si no se hiciese constar en la escritura que el matrimonio se contrata a base de esta donación, pero si consta la tal donación expresamente en la dote, resuelve Averroes que no es indispensable tomar posesión de ella si su naturaleza consta con claridad en la dote, y que se resolvería que el matrimonio se contrató en vistas a ella. Otros dicen [12] que es preciso la toma de posesión si se olvidó la cláusula mencionada.

El libro titulado *Alistigna* prevé el siguiente caso: constituye un padre a su hijo mayor de edad una donación en su escritura matrimonial y dona al mismo tiempo a otro hijo, menor de edad, propiedades en comunidad con el mayor, y muere el padre antes de que el hijo menor llegue a la mayor edad. Será válida desde luego y perfecta esta donación respecto a los dos si el menor había tomado ya posesión; si no la tomó será firme la donación en la parte que toca al mayor, a quien se le constituyó en la escritura matrimonial e inválida la parte del menor, que será repartida entre los dos (a título de herencia). Dice el Maxauar que prefiere la solución que tiene por válida la donación en su totalidad, ya que el contrato matrimonial respecto a una de sus partes tiene la efectividad de la posesión de la totalidad, en franca oposición con lo arriba expuesto, por juzgar esta escritura como una constitución de dote hecha a favor de ambos hijos.

En esta clase de donación no se dan los derechos de retracto y tanteo, según la escuela de Malic (de quien Dios tenga piedad); si el matrimonio se contrató conforme a ella, hay grandes divergencias entre los antiguos (Dios se haya apiadado de ellos). Esta donación parece que ocupa un lugar intermedio entre las donaciones corrientes y la dote. Opinaba Abenabdeljaquem, siguiendo a Malic, que sí se dan los derechos mencionados; esta opinión ha sido desautorizada por autores de peso, fundándose en que el uso de los antiguos no se conformó con ella.

Si el marido repudia a la mujer antes de la consumación del matrimonio, el don nupcial será, con todo, válido y firme respecto al donatario. Si se anula el matrimonio antes de la consu-

mación por un impedimento dirimente, existen dos opiniones: una de ellas es que la donación es nula y lo donado vuelve al donante. Dice Abenalatar; la segunda es que no se anula, sino que es válida y firme, como en el caso de la repudiación. Si la anulación es después de consumado el matrimonio, la donación es asimismo válida y firme.

Cuestión de Averroes: una mujer constituye a su hija una donación en su escritura matrimonial; enterado de esto el marido, reclama de la madre le entregue bienes hereditarios del padre, correspondientes a la hija y que ella administra, diciéndola: "La donación que le has hecho es una liberalidad, independiente de lo que es propiedad de ella"; y contesta la madre: "He intentado tan sólo en la donación ponerla en posesión de su herencia, etc." ¿La excusa o no la ignorancia? Hay gran diversidad de opiniones entre los doctores: unos se pronuncian por la obligación de entregar las dos cantidades, sin admitir la excusa aludida; otros que una sola, creyendo excusa suficiente el que desconociera el valor jurídico de la donación; se pronuncia por esta segunda el cadí Abu Mohamed ben Mansur, ya que la misma mujer ignoraba lo que quería decir con la palabra donación, intentando tan sólo [13] entregar la herencia. Resuelve también el cadí Abualualid conforme al dictamen de Abu Mohamed diciendo: "hay varias opiniones, pero a mí me parece esta la mejor de las dos, aunque Dios sabe cuál será la cierta."

Entrega el tutor a su pupila en el contrato de matrimonio alguna cosa. Redactarás así la escritura:

Confiesa fulano que pertenecen a la dicha esposa fulana la propiedad y posesión de todos los edificios sitos en tal parte; cuyos límites son tales o tantas fanegas de tierra en tal lugar; o tales ropas o muebles cuyo precio es tal; con reconocimiento firme, conforme al cual se contrató el matrimonio y se perfecciona en vista a él.

Dice Averroes: si la adjudica alguna cosa de sus bienes propios de él, muebles o inmuebles, en el mismo contrato de matrimonio, simplemente o con alguna condición, diciendo, por ejemplo: *pertenecerá a ella MI casa tal, o MI siervo fulano*, tendrá la consideración de don nupcial tal adjudicación. Si usase, en cambio, estas otras frases: *pertenecerá a ella tal cosa o el siervo llama-*

do fulano, hay quien dice que también se debe interpretar como donación, ya que tienen el mismo sentido y valor que *MI cosa tal* o *MI siervo tal*: tal opina Benalcasim apoyándose en una opinión de Yahya, adhiriéndose a ellos Benhabib: otros dicen que no se le dona nada a ella en tales frases; por esta segunda opinión se pronuncia Asbag.

Si le constituyese o adjudicase cantidad metálica o bienes fungibles o muebles determinados, diciendo: *pertenecen a ella tales y tales cosas*, sin añadir más, o si se añadiese: *de mis bienes* o *míos*, o *que tengo en mi poder*, o *que yo tengo*, hay dudas acerca de la interpretación de tales palabras, fraccionándose los autores en tres opiniones acerca de ellas: la primera, defendida por Asbag, es que no le obligan tales palabras en el sentido de que lleven implícita una donación, a no ser que se manifieste claramente su intención de donar; la segunda distingue si añadió *de mis bienes*, o *míos* o *que tengo en mi poder*, etc., se le juzgará obligado como donante, y tales cosas se podrán perseguir en su patrimonio o detracer de su herencia; si se hubiese dicho, en cambio, solamente: *pertenecen a ella tales y tales cosas*, sin añadir más, no se reputará como donación, a no ser que sea el padre o el tutor testamentario quien lo dice; tal dice Benhabib. La tercera distingue aún más: si dijera *de mis bienes*, se imputaría a ellos y de ellos se detraería si los tuviese; no teniéndolos no se le podrá exigir; si dijera *en mi poder*, y efectivamente lo estuvieran, no estaría obligado a entregarlos, si no quisiere hacerlo de grado, ya tuviera bienes, ya no los tuviera; si dijera *míos* o *de mi propiedad*, estaría obligado a entregarlos, teniéndolos efectivamente; en otro caso sería una deuda por cuyo pago o afianzamiento podría ser perseguido. Si dijera *le pertenecen tal y tal cosa* [14], sin añadir más, no tendría obligación ninguna de constituir las en bienes suyos propios. Tal es la opinión de Benalcasim, siguiendo a Yahya.

Si se prueba suficientemente que el valí ha prometido con fraude alguna de estas cosas, cuya prestación no le es obligatoria, constituyendo a la esposa un don, aunque sin hacer entrar tal don como condición del matrimonio, hay quienes dicen que el esposo que no se cuidó de informarse con exactitud antes del matrimonio y manifestó en él su consentimiento,

no tiene ningún derecho a reclamar. Otros distinguen: si ésto ocurriese antes de la consumación, podría elegir entre disolver el matrimonio por sí mismo, sin tener obligación ninguna respecto a la dote, o por consumarle obligándole la dote pactada en su totalidad; si lo descubriese después de la consumación no estaría obligado a darle más que la dote media. Si era la cosa acerca de la que mintió el valí una condición esencial, como tal hecha constar en la escritura matrimonial o al hacer la petición solemne de la esposa, si descubre este fraude antes de la consumación, puede optar por anular el matrimonio sin que le obligue nada respecto a la dote, o por consumarle, obligándole la dote pactada; si le descubre después de la consumación, deberá a la esposa la dote media, pudiendo perseguir al valí por la diferencia entre esta cantidad y la que él la prometió engañosamente, ya sea la esposa virgen ya no lo sea, a no ser que reserven la plena capacidad jurídica y fuese sabedora del engaño del valí, caso en el que a quien tiene derecho a perseguir el esposo es a ella. Lo mismo en el don nupcial, cuando se comprueba que el donante tenía vinculadas las cosas donadas con anterioridad para dotación de una fundación o de cualquier otra manera, se aplicará la doctrina anteriormente expuesta, teniéndose que referir el derecho de repetir del esposo siempre al que le defraudó¹⁷.

Cuando reclama el esposo contra el valí por haber ofrecido éste a su pupila muebles determinados, o haberla constituido una donación o un regalo cualquiera y lo niega el valí, debe jurar el valí a petición del esposo, y si rehusa hacerlo jura el esposo y tiene derecho a exigirle la diferencia entre la dote media y la que él había prometido.

Si el don se le constituye al esposo o, según el libro *Alis-tigna*, si se hace constar en el contrato que la esposa contrae el matrimonio con el esposo por el don que a él dona su padre de él, con esta condición, es válido el matrimonio. Pero si el esposo quisiera apoderarse de esta donación o devolvérsela

¹⁷ Por lo aquí sentado puede explicarse el título XXXIII de las *Leyes de Moros. Memorial Histórico Español*, tomo V, pág. 32, y todas las complicaciones, tal vez, de los sistemas de bienes, donados con motivo del matrimonio, del Derecho catalán y aragonés y aún del castellano.

a su padre, no podría la mujer impedírselo fundándose en lo estipulado, ni siquiera en el temor de que su marido quedara reducido a la insolvencia o pobreza, a no ser que le adeude a ella alguna cantidad, ya sea como dote o por quedar así en estado de no poderla pagar los alimentos que le son debidos en el espacio de tiempo que la ley determina, si la ha repudiado [15].

Dice el Mazari: cuando reclama el esposo contra la esposa por causa de haber de llevar ella conforme a la costumbre el mobiliario a la casa conyugal¹⁸, costeándole con la parte de la dote que él la entregó, se resuelve el asunto por el juramento del esposo, a quien se dará crédito y se deducirá de la dote prometida la parte que él aumentó con el intento de que con ella adquiriera la esposa el mobiliario; esta es la manera como con más frecuencia se resuelven estos asuntos entre nosotros, que se funda, además, en las palabras del glorioso, de quien Dios tenga piedad: "se casan las mujeres por lo que las corresponde conforme a su nobleza, a su belleza y a lo que ellas han de dar en contraprestación."

Otros dicen: si hace el marido a su mujer una donación y es costumbre en la comarca que la mujer a quien se hace tal donación lleve ella el ajuar doméstico, si no lo hiciese así tendría el marido por sí solo derecho a disolver el matrimonio. Resuelve Averroes una cuestión semejante a esta. Si rehusa el padre suministrar el mobiliario a su hija conforme al uso y la costumbre, o sea empleando en adquirirlo la parte de dote que entrega al contado el marido, o de alguna donación que le hiciera, y aportando un mobiliario en proporción con el que suelen tener personas de igual condición: si rehusa hacerlo, tiene el esposo opción a formalizar el matrimonio o a rescindirle por sí mismo, pudiendo exigir la parte de dote que entregó al contado y librándose desde luego de la obligación de entregar la parte prometida o cualquier otra donación. Si muriese ella antes de la consumación y rehusa el padre detraer de la cantidad que ha de heredar de ella la cantidad que debería haber empleado en adquirir el mobiliario, que correspondía al matrimonio de su hija, conforme a lo usado

18 Véase Tohfát, caps. XXIX y XXX.

en la comarca, no le obligará al esposo la dote media sino en lo que exceda del precio del mobiliario.

Lo mismo ocurrirá viviendo ella, si el esposo la había hecho alguna donación o hecho algún regalo y el padre entrega efectivamente el mobiliario; pero después reclama judicialmente diciendo que intentaba tan sólo hacer un préstamo, y pidiendo que se le devuelva. Desde luego, si se trata de cosas de uso particular de la mujer, como ornatos y vestidos, no podrá reclamar nada; pero aun en lo demás será rechazada su afirmación de que intentaba hacer un préstamo.

V

CONDICIONES MODIFICATIVAS DEL CONTRATO DE MATRIMONIO ¹⁹

Son adiciones al contrato de matrimonio que le hacen firme cuando se cumplen, o mientras no se demuestra su incumplimiento; otros dicen que son adiciones a las condiciones esenciales. Dice Abenfathun que deben ser reputadas como cosa lícita por analogía con el contrato de venta. Malic, en cambio, las reprobaba [16] en el matrimonio, aun cuando se hicieran constar en la misma escritura matrimonial, reputando válido, con todo, el matrimonio o contraído con condiciones: no faltan, a pesar de ello, juriscultos que juzgan que sería nulo el matrimonio con condiciones, fueran éstas cuales fueran. El cadí Abualualid Averroes distingue perfectamente en el matrimonio, siguiendo a los autores malequíes, dos clases de condiciones: una de aquéllas que hacen nulo el contrato, y otra de las que no le hacen nulo. Le hacen nulo, por ejemplo, la de tomar a una mujer por esposa con la condición de que no existan entre los cónyuges derechos hereditarios, o de que ella pueda repudiarle a él, o de que él no la deberá a ella alimentos, y, en general, las que se opongan al fin del contrato o a la tradición profética. El contrato así hecho es nulo en absoluto. Las que no anulan el matrimonio son, por ejemplo, la de no tomar otra esposa, o concubina, o no sacar a la mujer de la comarca u otras al estilo.

¹⁹ Véase *Abenmoquit*. Ms. de la Academia de la Historia, fols. 4 y siguientes.

Pueden ser de dos clases las condiciones absolutas y relativas: si son absolutas, o sea si no se refieren a otro estado jurídico que pueda derivarse de su incumplimiento es recomendable el cumplirlas al esposo, según aquellas palabras del Profeta: "lo más equitativo, respecto a condiciones, es que las cumpláis si son lícitas, y esto os proporcionará más tranquilidad": sin embargo, no se puede decir que sea obligatorio su cumplimiento. Opina un gran número de ulemas que son obligatorias entre ellos Abenxahab, aunque hay quien dice que el afirmar este autor el consentimiento de los doctores acerca del asunto se deriva tan sólo de que le supuso, fundándose en el *jadiz* antes referido. Si es relativa, o sea, si se ha sancionado su incumplimiento con la libre disposición de sus bienes y persona de la esposa, o la facultad de repudiar, o la emancipación, etc., le obligarán al esposo tales condiciones, y el matrimonio será perfectamente lícito. Otros dicen, en cambio, que el matrimonio es nulo y que deberá disolverse antes de la consumación y se convalidará si llega a efectuarse tal consumación, debiéndosele a la mujer en este caso una dote media. Para salir de tales dudas será conveniente redactar con la mayor claridad la correspondiente escritura, para lo cual después de las cláusulas destinadas a tratar de la dote y donaciones y de la aceptación y consentimiento de la esposa dirás:

Se obliga el esposo para con la citada esposa a cumplir esta condición, cuando adquiriera sobre ella la potestad marital por haberse consumado el matrimonio, proponiéndose hacerla feliz y hacerse él merecedor de su amor, y tal condición es, que no ha de tomar más esposa que ella, ni esclava madre, ni concubina.

Puedes adoptar esta otra redacción:

Se compromete con la citada esposa para después del perfeccionamiento del contrato a no tomar otra mujer ni concubina ni esclava madre [17] y que si hiciera alguna de estas cosas pondría a disposición de la esposa el remediarlo dándole facultad a ella para repudiar a la nueva mujer con el género de repudiación que quiera, o bien la pone en manos de ella, para que la pueda repudiar con una sola fórmula, ya sea esposa, ya concubina, ya esclava madre. En cuanto a la concubina podrás

decir: *la pone a su disposición pudiendo, si quiere, manumitirla o venderla.*

Que no se separará de su compañía ni cerca ni lejos, ni voluntariamente ni forzado, sino tanto tiempo, y que si le sobrepasa podrá ella disponer de sí misma.

Que no la perjudicará ni en su persona ni en sus bienes, y que si lo hiciera podrá ella disponer de sí misma.

Que no la obligará a salir de tal lugar sin su consentimiento, y que si la obliga a salir de él podrá ella disponer de sí misma.

Que no la impedirá recibir visitas de su trato, ya mujeres, ya hombres con quienes se encuentre en grado de parentesco que constituya impedimento matrimonial. Ni visitar a las personas que honestamente pueda visitar, y que si hiciese alguna de estas cosas podrá ella disponer de sí misma²⁰.

A) En cuanto a la condición de *no tomar otra esposa o concubina*²¹, dice Abenfathum, si se le olvidara en la escritura añadir las palabras *además de ella o con ella* en la fórmula, *no tomará otra esposa además de ella o no tomará una concubina con ella*, no tendrá obligación ninguna y será como si no hubiese estipulado condición alguna; pero, añade, cualquiera mujer con quien se case quedará repudiada.

Lo mismo en las palabras *si hiciera ésto*, si no especificase a qué se refiere concretamente, sería la cosa sumamente dudosa. Acerca del particular emitió Abenalatar el siguiente dictamen: Si hiciese tan sólo alguna de las cosas que se ha obligado a no hacer no se le juzgará transgresor; sólo lo será si las hiciese todas: otros dicen que tendría la mujer acción contra su esposo por cualquier transgresión, a pesar de no haberse especificado; por esta solución se pronuncian Abenlobaba y otros.

Si toma otra mujer además de aquella con quien había estipulado que no tomaría otra, pero de quien se ha divorciado, se pregunta, ¿pierde la primera, por estar divorciada, la facultad de disolver este segundo matrimonio, o no? Hay acerca del particular dos opiniones: la primera, defendida por Benalcasim, es que no pierde tal facultad; la segunda, sostenida

²⁰ Véase la fórmula núm. 3 de las que reproducimos en el apéndice.

²¹ *Leyes de Moros*, pág. 52. Santillana, *Il Muhtasar...*, de Halil, páginas 51 y 52.

por Abenalmachxun, es que no puede exigir tal divorcio. Dentro de esta segunda se vuelve a preguntar, partiendo del supuesto de la condición de que ha de repudiar a cualquier otra mujer que intentara tomar; si se casa un hombre con una mujer con esta condición y luego la repudia y después, cumplidos los requisitos legales se vuelve a casar con ella, deberá el esposo confirmar con juramento estos extremos y le será obligatorio repudiar a cuantas mujeres hubiese tomado [18].

Estas palabras, referentes al juramento, son fundamentalmente iguales a las siguientes de Benalcasim: "si se tratara de una mujer determinada, por ejemplo, si se dijera, si tomo por esposa además de ella a fulana ¿debería ser referido el juramento al esposo, o no? Resolviendo todas estas dificultades y obscuridades, dice Averroes en su colección de documentos notariales: "si un hombre estipula con su mujer que no tomará otra esposa además de ella y que si la toma la suerte de la nueva estará en manos de la primera, y toma efectivamente otra mujer, si la primera deja pasar un mes poco más o menos sin reclamar y luego atestigua que está en sus manos la suerte de la mujer que ha tomado su esposo, habrá que tener en cuenta cómo está redactada la escritura; si en ella se hace referencia a la consumación del matrimonio con la segunda, y lo hace así y la primera deja pasar el plazo sin reclamar, decae su derecho a exigir el cumplimiento de la condición, a no ser que funde su reclamación en que ignoraba la existencia del segundo matrimonio, dándose fe en este caso a las palabras de ella, sin perjuicio de que pueda probar el marido que tenía ella conocimiento del nuevo matrimonio."

Si la condición estaba redactada de forma que la nueva esposa quedará repudiada por triple repudiación²² y toma efectivamente otra esposa y poco después muere, dice Aisí, siguiendo a Benalcasim, que la nueva esposa heredará de él, y opina, por el contrario, Salmún, que no hereda, ya que quedó repudiada por el hecho mismo del contrato.

²² Acerca del repudio con triple fórmula o con fórmula sencilla, vid. Santillana, *Istituzioni di Diritto Musulmano*, 211 y sigs., y E. Zeys, *Traité Élémentaire de Droit Musulman algerien (École Molekíte)*. Alger, 1885, I, págs. 41 y sigs.

Se dice en el libro *Alistigna* que si el marido puso al arbitrio de su mujer la conducta que él había de seguir, si tomara otra esposa además de ella y la tomara efectivamente no sabiéndolo ella hasta después de morir o ser repudiada la segunda esposa, tendría derecho, con todo, a reclamar judicialmente, porque éste es un derecho que se ha consolidado a su favor por el hecho del segundo matrimonio y un deber del esposo del que no se ha extinguido ni por la muerte ni por la repudiación de la segunda mujer.

Si pactara el padre de la esposa con su yerno que no habrá de tomar éste otra esposa además de ella y que si lo hiciese se reserva el padre el derecho a disponer; si el esposo toma efectivamente otra esposa y desea el padre separar a su hija del marido, pero ella prefiere permanecer con él, el que tiene derecho a decidir es el padre, a no ser que intervenga la autoridad determinando que no corresponde a la tutela del padre efectuar tal separación y avocando a sí tal facultad. Si en cambio es el esposo el que concede esa facultad al padre de su mujer, en vez de que él sea quien se lo impone al esposo, podrá decidir entonces la esposa e impedir a su padre el separarla si prefiere ella seguir con su marido, diferenciándose este caso del anterior en que en aquél se trata de un derecho de tutela del que no podría ser desposeído el padre de no avocarle a sí la autoridad.

Se entiende por tomar una concubina el mero hecho de cohabitar con ella. Según Abenquinana y Abennafia, es necesaria, además, la posesión de ella, ya que quien cohabita con una esclava y no adquiere su posesión no puede reputarse que la ha tomado como concubina.

Dice Yahya, siguiendo a Benalcasim; "no caería en lo que tratamos que se tomara libertades el marido con una esclava, ni siquiera que cometiera un adulterio, ni tendría por ello la mujer derecho a exigir [19] el cumplimiento de la condición estipulada, que era tan sólo no tomar con ella mujer o concubina, lo mismo que si tomara otra esposa y lo estipulado es que no tomara concubina."

Si lo que se concede a la mujer es vender la concubina, esto no obligaría al esposo, ya que la mujer obraría como mandataria

de su esposo, y siempre tendría éste la facultad de revocar el mandato. Algunos dicen que no se le debe reconocer en este caso tal facultad de revocar. La misma doctrina se habrá de aplicar al caso de la emancipación, sea en la forma que sea, no obligando tal cosa al esposo ni pudiendo por ella ser perseguido en justicia.

B) En cuanto a la condición de no *abandonar su compañía*²³, se suele fijar el límite de seis meses, fundándose en lo que se cuenta de Omar, hijo de Jatab, de quien Alá —sea exaltado— tenga piedad. Preguntó éste a su hija Hafira qué opinaba del tiempo que podría pasar la mujer sin su marido, y dijo ella que seis meses, y conforme a esta respuesta fijó el tiempo que habían de permanecer los hombres en el ejército, en seis meses, poco más o menos, para no obligarles a estar separados de sus mujeres más tiempo.

Las palabras que aconsejamos en la fórmula: *ni cerca ni lejos*, etc., tienen por objeto el que pueda la mujer reclamar en cualquier ausencia que haga el marido. Si se omitieran no podría hacerlo cuando la ausencia sea a un lugar cercano, o cuando fuera llamado por la autoridad, o compareciera ante algún tribunal: se entiende por cerca una distancia de doce millas o el camino de un día o dos. Dice Abenmoguít: “Si su ausencia fuera para servir a un príncipe extranjero se le reputará desde luego como ausente en país remoto y podría la mujer reclamar por la condición estipulada.”

Si su ausencia fuera a una distancia como de doce millas, entonces pueden tener aplicación las palabras que indicamos *voluntariamente ni a la fuerza*, resolviendo una duda que podría originarse, dando en todo caso derecho a reclamar a la mujer; esta duda nace de que algunos jurisconsultos opinan que cuando la ausencia es forzada no tiene la mujer derecho a reclamar a no ser que se hubiese estipulado expresamente.

Cuando intente la mujer esta reclamación, podrá hacerlo mediante un acta, que se redactará de la siguiente manera: *Los testigos, que conocen a fulano y fulana y saben que son*

²³ Santillana, *Il Muhtasar*, págs. 164 y 165, en lo referente a los preceptos de Derecho común respecto a la ausencia del marido, alimentos que debe dejar a su mujer, etc.

esposos, dan fe de que el esposo fulano se ha ausentado de su esposa fulana, ya citada, no sabiéndose su paradero (o a tal lugar) desde tal fecha sin haber vuelto hasta ahora, y dan este testimonio en tal fecha, etc.; firme este testimonio, se hará referencia a la escritura matrimonial en que se estipuló la condición y se adicionará el acta del juramento redactada así: Jura la mencionada esposa fulana con plena conciencia de lo que hace y su valor, donde y como debe hacerlo, puede emplear la siguiente fórmula: [20] Por Alá, el único y sin semejante que se ha ausentado de mí mi esposo fulano en la forma que antes se ha descrito y atestiguado y que no ha vuelto, ni oculta, ni manifiestamente y que no le he autorizado para este viaje, y que no he faltado por mi parte a las condiciones a que él relacionó ésta de la ausencia, que no la he aprobado con mi silencio al expirar el plazo pactado y que no me he reservado el derecho de prorrogarle el dicho plazo: las personas presentes al juramento se unen a él y dan fe de conocer a la mujer y de que está en estado de salud y capacidad para jurar, dan fe de ello y del juramento y juran con ella y ella se declara por sí misma repudiada de él por repudiación triple, ya que tiene facultad para hacerlo, que consta en la que él la concedió en la escritura matrimonial, a la que ésta se refiere. En tal fecha, etc.

Si en la escritura se hubiera otorgado a la mujer la facultad de conceder una prórroga al marido, puede hacer uso de ella. No tiene ésta facultad de prorrogar en las otras condiciones, pues, estando él presente, se supone que la mujer, cuando cohabita con su marido, le perdona y anula la condición, a no ser que se repitiese la infracción; por ejemplo, perdonaría los malos tratos consintiendo a su marido la cohabitación, pero podría reclamar si repitiera después el marido tales sevicias; esto se defiende en el libro *Alistigna*.

Dice Averroes: "Acerca de esta facultad de la mujer, respecto a las condiciones, hay tres sentencias: la primera es que tiene la mujer derecho a reclamar; pero si deja pasar el tiempo sin acudir a la autoridad prescribiría su acción; tal opina Abenalmauz; la segunda es que no puede reclamar más que en la audiencia judicial; y precisamente en la que debe hacerlo, y que si la deja pasar decae en su derecho; a ella se adhieren

Axhab, Abenhabib y Benalcasim, siguiendo a Aisí. La tercera es que tiene ella derecho a reclamar, tratándose de la ausencia, por un mes o dos; si son otras condiciones, que suponen la presencia del esposo, indefinidamente, hasta la prescripción de la acción, porque en este caso el hecho de rehusarse a su esposo hace manifiesto su propósito de reservarse el derecho de optar, a diferencia de la ausencia, en la que tal medio de manifestar su propósito no se puede dar; así que en la ausencia, pasados los dos meses, decae su derecho, a no ser que haga constar ante testigos que se reserva este derecho, aunque tal situación se prolongue.

Las palabras "*conserva este derecho por un mes o dos*" son de Malic, que son suficientemente claras, excepto en la obligación del juramento que impone a la mujer, aunque solamente cuando concede un plazo, con lo cual no pierde sus derechos y aun esta obligación no sería más [21] que por una vez y no en casos ulteriores. Las palabras "*tiene este derecho, si son otras condiciones que suponen la presencia del esposo, indefinidamente en lo que no prescriba la acción*" las deducimos de Benalcasim, que sostiene esta doctrina, a su vez, deduciéndola de Malic, de quien Alá se apiade.

Propone él mismo la siguiente cuestión: "El que estipula con su mujer la condición de que no se separará de su compañía durante un espacio de tiempo determinado, y que si lo hace quedará ella dueña de resolver acerca de sí misma, concediéndola además la facultad de conceder una prórroga a tal plazo; si se ausenta efectivamente, y ella, después de expirar el plazo pactado se le prorroga y en este tiempo vuelve él y ella se opone a cohabitar con él e intenta reclamar el cumplimiento de la condición pactada. Responde: La opinión de algunos antiguos que estiman tiene la mujer el derecho a reclamar el cumplimiento de la condición, no es aceptable, ya que él, al comparecer, ha hecho que no exista la causa por la que ella ha de adquirir el derecho de disponer de su persona." No procede la analogía entre este caso y el que expone Asbag en su *Nauazal*: o sea el de cuando muera la mujer que ha tomado además de la primera, a quien prometió que no lo haría, o la repudia antes de que la primera se entere, caso es el que lo primera esposa tiene derecho a reclamar;

y no procede la analogía porque en este caso de Asbag la acción de la mujer se deriva del mero hecho del segundo matrimonio de su marido mientras en el arriba expuesto no se origina la acción hasta que expiran los plazos de ausencia. En cambio, procedería la analogía con el caso en que se conceda la libertad a una esclava esposa de un esclavo, en el que pierde el derecho a disolver el matrimonio si se emancipa también su marido. Pierde, pues, el derecho si no le ejercita antes de que se emancipe el marido. Y así como perdió este derecho por no ejercitarle cuando existía la causa en que se fundaba, o sea la esclavitud del marido, así pierde la mujer su acción cuando comparece el marido antes de expirar los plazos y de que ejercite tal acción por haber también desaparecido la causa que la fundamentaba, que era la perseverancia del marido en su ausencia.

Esta es doctrina de Abennafia, comentando la *Almodauna*, cuyo rasgo principal es que se ha de ejercitar esta acción antes de que vuelva el marido. No toma en cuenta este autor la discrepancia del Bechí y de casi todos los autores antiguos que se oponen radicalmente a su teoría; el Bechí trata del asunto en su tratado de Derecho notarial, oponiéndosele abiertamente nuestros contemporáneos.

Dice Abenmauaz: "Quien estipula con su mujer que si se ausenta de ella un año o toma otra mujer además de ella podría ésta disponer de sí misma y se ausenta de ella un año, después de la consumación del matrimonio o toma otra esposa, y la mujer, usando de su derecho, lleva a cabo la repudiación, pero en el período de espera legal vuelve a unirse con su marido y éste por segunda vez se ausenta un año o vuelve a tomar otra mujer, no tendría ya derecho la mujer a exigir la separación y debe permanecer unida a su marido."

Si estipula que si se ausenta [22] de ella un año o toma una segunda esposa quedaría, *ipso facto*, disuelto el primer matrimonio, y ocurre así y con posterioridad hace el marido una segunda ausencia o toma otra mujer más, no contrae por ello ninguna responsabilidad, a no ser que en la escritura se hubiera hecho constar expresamente que tendría tal derecho siempre que se ausente o cada mujer que tome.

Si estipuló que si se ausentase sin dejar alimentos a su mujer un año podría ella disponer de sí misma y se ausenta y la esposa procede a la disolución del matrimonio, pero comparece luego el marido y la esposa le reclama ante el juez los alimentos, le otorgará desde luego el divorcio, a no ser que pruebe que la constituyó efectivamente alimentos, pero no le otorgará los alimentos no entregados a no ser que ella apele al Sultán.

Dice Benalcasím en su *Machmua*; "cuando ha hecho disolver la mujer el matrimonio por ausencia de su marido, y cumplida la espera legal toma otro y vuelve luego el primero y prueba que ha comparecido antes de expirar el plazo de ausencia estipulado, ella le será devuelta aun cuando hubiera consumado el segundo matrimonio."

Del mismo modo si ha estipulado también la cláusula de suministrarla alimentos, y que si no se los suministra en su ausencia tiene ella libre disposición de sí misma; si obtiene ella la disolución del matrimonio, alegando ante el juez que no se los ha suministrado y luego comparece él y prueba que sí lo ha hecho, pierde ella la libre disposición de sí misma y podrá ser sacada del poder del segundo marido, aun cuando hubiera consumado el matrimonio, porque la pretensión de la mujer en este caso es tan injusta como en el de que su marido pidiese, estando divorciados, la reconciliación, y luego se enterase ella de que había tomado otra esposa (estando estipulado que no la había de tomar).

Si probara que la había enviado alimentos, pero que por fuerza mayor no llegaron a poder de ella, aun no sabiéndolo ella, el divorcio no será válido; este es un caso diferente del de un ausente que tiene una deuda y se vende una cosa suya para satisfacerla, y luego comparece y prueba que envió con que pagarla, caso en el que la venta no se anulará siendo indiferente que este asunto se haya resuelto o no ante la justicia y la razón de la diferencia, es que en este caso se demanda contra todo lo que pueda responder a la deuda, y en el caso de la mujer es tan sólo por una cosa determinada. En cambio se parecería este caso al del que es desposeído violentamente de sus bienes, en el que el hecho de ser vendidos no mengua en nada el derecho sobre ellos de su dueño legítimo.

Otra fórmula de acta en que la mujer hace constar la au-

sencia de su marido y procede a declarar la disolución del matrimonio, puede ser la siguiente: (Haciendo primero referencia a la escritura matrimonial en la que se pactó la condición) dirás: *Conocen los testigos a fulano, ya citado en esta escritura o de quien se hablará en seguida y dan fe de que se ha ausentado de su esposa fulana, también citada, desde tal fecha, ignorándose su paradero y que no ha vuelto, que ellos sepan, hasta el presente y confirma la mujer este testimonio en tal fecha, etc.*

Una vez terminado este testimonio se redactará el acta del juramento en la siguiente forma:

Juró, ante el Cadí de la Aljama, fulano, fulana ya citada en tal fecha [23] así, donde y como es de obligación jurar diciendo: Por Alá, Dios único y sin semejante que se ha ausentado de mí mi marido con la ausencia de que se ha hecho mención más arriba y que no ha vuelto ni oculta ni manifiestamente, que no le he eximido de la obligación que hice constar en tal forma, ni he renunciado a ninguno de mis derechos, ni le he consentido el viaje, ni le he otorgado con mi silencio prórroga al plazo, además de que no me reservé tal derecho en la escritura matrimonial. Los que presenciaron este juramento se asocian a él con la autorización del Cadí, ya mencionado, y dan fe de que la conocen y de cómo ha quedado divorciada con fórmula única y firman en tal fecha, etc.

C) En cuanto a la condición de no dañarla en sus bienes o persona²⁴, la mejor manera de hacerla constar en la correspondiente escritura es emplear las siguientes palabras al expresar la sanción de su incumplimiento: *si hiciera alguna de estas cosas*; porque si dijera tan sólo *si hiciera esto* y se probara o que la ha perjudicado en sus bienes o que la ha maltratado, habría dudas acerca de la interpretación de la cláusula, interpretando algunos que sólo tendría derecho a reclamar cuando se den las dos causas conjuntamente; otros opinan que aun cuando sólo se diera una. Diciendo *alguna de estas cosas* desaparece la duda y tiene la mujer derecho a reclamar en cualquier caso.

Acercá de si se ha de dar fe a sus palabras de ella cuando reclama por sevicias sin necesidad de exigirla juramento, dice

²⁴ Véase el procedimiento de Derecho común en todos casos *Tohfa* págs. 277 y sigs.

Averroes que existen dudas y alega el dicho de Sahnúm: "Me parece peligroso anular el matrimonio aun antes de la consumación; pero después no aceptaría la demanda de la mujer sin que probara suficientemente las sevicias." Se cuenta de Abendahun que dictaminó que no sólo no obliga, sino que ni aun es lícito recibir tal declaración si no prueba, añade en otra parte, que no hay duda que debe ser admitida la demanda de sevicias, aun cuando en el contrato matrimonial no hubiera cláusula especial referente a ellas.

Se dice en el libro *Alistigna*: "Si quisiera ella no estar obligada a jurar y que se crean sus palabras en juicio sin necesidad de juramento, puede el marido concedérselo en la escritura, exceptuando en la condición de no ausentarse de ella, y así podría otorgarlo en las de no hacerla viajar y no maltratarla, no impedirle hacer o recibir visitas. La redacción de la cláusula sería la siguiente: *Y ella será creída en lo que alegue respecto a sevicias por sola su declaración (o si se trata de viaje o visitas igual) sin obligación ninguna de confirmarla con juramento.*

Hacemos notar la abierta contradicción que existe entre lo que sostiene Abenfathum en su tratado de Derecho notarial, afirmando que es válida la cláusula por la que se concede a la esposa que hagan fe en juicio sus solas palabras en lo referente a la ausencia, y lo que hemos extractado del *Alistigna*.

Cuando no constan las sevicias y pretende la mujer que jure el marido, dice Abenfathum en su tratado de Derecho notarial, que no estará obligado a acceder a la pretensión de obligarle a jurar si las niega.

Si afirma la mujer que el marido ha estipulado a favor de ella alimentos o alojamiento y él lo niega, si jura él, puede ella todavía reclamar por los daños que ello la suponen, aun cuando hubiera dejado transcurrir un mes, según la escuela de Benalcasim, a no ser que ella se hubiera reconciliado con su marido y hubieran hecho vida común; pero si ella reconoce el hecho de esta cohabitación, pero reclama para impedirla, jura él y pierde ella la acción; puede también referirle el juramento a ella; en este caso, si jura ella, tiene derecho él a que se cumpla lo estipulado.

Propone Benhabib la siguiente cuestión, que estudió con

Sahnun: "El que estipula con su mujer que si la daña en sus bienes o persona ella tendrá la libre disposición de sí misma y ocurre que la golpea, ¿se reputará esto como uno de los daños pactados?" Y la resuelve de la siguiente manera: habrá que distinguir si lo hizo por una de las causas que le confieren al marido derecho a castigar a su mujer o no. Si es de las primeras, es mi opinión que debe ser creído el marido al afirmarlo y no reputarse como daño; será creído concretamente en que la castigó por una falta de ella. Si prueba ella que la golpeó injustamente, tendrá derecho de optar. Pero si se trata de un delito de los que no dan este derecho al castigo familiar, o no se especifica, o si se especifica resulta ser excesivo el castigo, le corresponde al marido el probar que la golpeó en justo castigo de su falta; si no lo prueba se presumirá que la golpeó injustamente por la sola afirmación de ella y se reputarán sevicias los golpes a que él hizo referencia. Si niega él que la golpeó en cualquiera de las dos maneras descritas, debe él probar su negación y si no lo logra se reputarán daños exigibles los golpes en cualquiera de las dos hipótesis y tendrá ella el derecho referido de opción sin aceptársele a él la exculpación de que lo hizo ejercitando su derecho de castigarla, aun cuando fueran en uno de los casos que se le confiere; por haber negado injustamente el hecho.

Otros exponen el siguiente caso: Si acude ella al juez mostrando señales manifiestas de golpes recibidos y manifestando además otras ocultas y afirma que es su esposo quien la hizo tal daño, tiene derecho a exigir el cumplimiento de la condición pactada. Y no se recibe del esposo la excusa de quejarse de otra persona acusándola de que ella y no él fué el que hizo a la mujer tal daño, ya que estas excusas son de las que deben ser rechazadas de plano, así, pues, jura ella y obtiene el cumplimiento de lo pactado.

Si se estipula que tendrá ella la facultad de disponer de sí misma sin añadir más, si tal estipulación se hizo en la misma escritura matrimonial, podrá ella proceder al divorcio en la forma que prefiera; pero si se hizo constar en una escritura aparte, la forma será precisamente la del repudio con fórmula única.

D) En cuanto a la condición de *no obligar a la mujer a viajar*, opina Axhab, siguiendo a Malic, que si no se ha estipulado que no la hará viajar sin su consentimiento, tiene derecho el marido a hacerla que le acompañe en sus viajes donde quiera, lejos o cerca, con tal que el viaje se haga en condiciones de seguridad, y es incluso recomendable el que le acompañe [25]; pero en caso contrario no tendrá derecho ni a obligarla a acompañarle en sus viajes ni a trasladarla a otro lugar.

Averroes también califica de recomendable el que acompañe la mujer a su marido cuando viaje. El siervo, por el contrario, no tiene derecho a llevar a su mujer con él. No tiene tampoco el esposo derecho a hacer viajar a su esposa ni a trasladarla del lugar de su habitación cuando así lo ha estipulado, aun cuando tuvieran su domicilio en lugar de infieles; hay quienes hacen observar que esto se entiende mientras no haya peligro.

Se dice en el *Alistigna*: “Si intenta el marido tomar una casa en alquiler para su esposa y ella prefiere habitar en una de su propiedad recibiendo por ella de su marido el mismo o parecido precio de la que quería alquilar, pueden muy bien hacerlo.” En el mismo libro se dice que si la hubiera trasladado de residencia y luego la hace regresar a la primera, debe el marido sufragar los gastos del traslado, tanto al ir como al regresar, conforme a lo que opina Benalcasim; otros dicen que los del regreso no le obligan.

Dice Abuomarán el Fasí: “Cuando lleva el marido a su mujer a otro lugar en el que la repudia, debe sufragar los gastos de su regreso, ya que ella sólo viajó por causa de él, lo mismo que si es ella la que, conforme a las condiciones pactadas, obtiene el divorcio”; así opina Abenalatar, y de él lo ha tomado Abenfátjún, añadiendo que no sabe de nadie que haya compartido ésta su sentencia.

Si existen entre el lugar de donde y aquel adonde la ha conducido, infieles o sitios peligrosos, o un mar, o una distancia excesiva que impida el viaje, si quiere ella exigir el cumplimiento de la condición pactada, dice Abenfátjún que no conoce decisión ninguna de los jurisconsultos para resolver tal conflicto; en mi opinión esto no es lícito, ni tiene tal derecho la mujer, porque ella acompañó de grado a su marido y

el hacerla volver a su tierra no le es obligatorio a él por los impedimentos aludidos, y si ella reclamara el cumplimiento de su condición en estas circunstancias, haría una petición injusta, y fundo esta mi opinión en que antes de la obligación de cumplir lo estipulado y conceder a su mujer el divorcio, está en este caso la de preservarla de los peligros a que se intenta exponer. El juez, fundándose en esto, puede impedirle tomar esta resolución mientras duren las circunstancias a que hacemos referencia ²⁵.

[26] E) En cuanto a la condición de no impedirle *hacer o recibir visitas* ²⁶; cuando la impide hacerlas, puede ella exigir el cumplimiento de su condición; aun cuando no se hubiera estipulado nada acerca del particular, tiene ella derecho a visitar a aquellos de sus parientes con quienes tendría impedimento dirimente para contraer matrimonio, y puede ser condenado, en justicia, su marido por impedirsele. En cuanto a acudir como testigo a los tribunales o a asistir a funerales o a diversiones públicas, no contrae responsabilidad ninguna el marido por prohibírsele. Dice Benhabib: "No puede la mujer casada salir de casa sin permiso de su marido, ni aun a casa de sus padres ni a la de otros parientes; pero conviene que no la niegue este permiso para salir a casa de sus padres ni a ellos el de visitarla." Sostiene fundamentalmente que no le es lícito a ella salir de casa, y que el ser impedida de hacerlo no puede ser alegado ante la autoridad como sevicia o daño [27]

Si impidiera a sus padres visitar a su mujer sería condenado a no impedirsele, decayendo el derecho de reclamar ella para que la deje salir. Oponiéndose a las dos cosas infundadamente será condenado a dejarla recibir visitas y será tenido como perjuro.

Dice Abenmoguit que si prohíbe a sus parientes de ella entrar en su casa a visitarla sin añadir más, se dice que podrían reunirse a la puerta de su casa. Y en el *Alístigna*, que si se

²⁵ Aquí intercala Abensalmún algunos párrafos referentes a la situación de la mujer en casa de los padres del marido y a la de los hijos de otro matrimonio, que no nos interesan directamente ya que no ilustran en nada el formulario.

²⁶ Véase Zeys, *Droit Musulman*, I, 24.

quejan su padres de esta injusticia, si son honorables, no puede prohibirlos el visitarla y entrar en su casa; no siéndolo, se les concederá a lo menos verla una vez a la semana, estando presente una persona de confianza a la visita. Se dice en el libro titulado *Alatabí*; "no puede el marido prohibir a su mujer que salga de casa para visitar a sus padres o hermanos, y si se lo impide tendrá acción contra él". Oponiéndose a lo que opina en semejante caso Benhabib, según el cual, habiendo dos soluciones, sólo tendrá derecho a reclamar por una, que es la de recibir en su casa las visitas.

Dice Averroes que todas estas dudas no ocurren más que respecto a la mujer joven y de buena fama; si ha pasado ya de la juventud puede reclamar sin género de duda porque la impida su marido visitar a sus padres o hermanos: en cuanto a la joven que no posee esa buena fama tampoco hay duda que no puede reclamar porque su marido la prohíba salir de casa. Pero se la ha de tener por digna de confianza mientras no se pruebe lo contrario.

Debe el marido autorizar a su mujer para recibir la visita de hombres con quienes tendría impedimento dirimente para contraer matrimonio, y solamente a éstos.

Dice Averroes: "La nodriza debe ser considerada para estos efectos como pariente, aun cuando no lo sea, y se podrá exigir por la mujer el cumplimiento de la condición de no impedirle las visitas respecto a ella también, ya que el objeto de la prohibición sería siempre el peligro que podría haber entre la esposa y la persona visitada, y aquí lejos de haber peligro, es de creer que habrá utilidad en tal visita. El yerno y el cuñado se equiparan a los que tienen impedimento con la mujer.

Cuando tiene la mujer necesidad de que se de fe de algo que a ella interesa, no debe el marido impedir el acceso a ella de la persona que ha de dar el testimonio; pero tampoco debe la mujer prescindir de pedir el permiso del marido para hacer venir y recibir a tales personas.

APÉNDICE

OTRAS FÓRMULAS MATRIMONIALES

1.^a Del Tasulí (Cairo, 1317, I 223 *كتاب البهجة ضر شرح التحفة*).

La manera de redactar la escritura puede ser la siguiente: "Toma por esposa fulano, hijo de fulano, a fulana, hija de fulano, virgen, bajo la tutela y custodia de su mencionado padre. Contrae el matrimonio mediante una dote cuya cuantía es tal, de la cual se aplaza tanto, que será pagado y completado en tal fecha, terminándose la escritura con la fecha en que se autoriza."

Pueden añadirse otras fórmulas piadosas, como:

La casa, conforme a las palabras de Alá y la tradición de su Profeta, de quien Dios tenga piedad, y su perpetua bendición, conforme sobre todo a aquellas palabras coránicas: "Vive con ellas en benignidad o repúdielas con generosidad." (Inserta a seguida variantes, según sea valí de la mujer algún otro pariente o el tutor matrimonial.)

2.^a De Abenmoquit de Toledo. (Ms. de la Academia de la Historia, fols. 3 b y 4 a.)

Después de la invocación religiosa, dice:

"Esto es lo que da en dote fulano, hijo de fulano, a su mujer fulana, hija de fulano; la da tanto y tanto en metálico, en monedas acuñadas en tal comarca y de las corrientes en la fecha de esta escritura. De esta dote parte es al contado y parte aplazada, la al contado es tal, aceptada por su padre fulano y entregada por el esposo fulano, ya que ella es virgen en la tutela y custodia de él, con objeto de unirse a ella lícitamente por tal precio, y cancelar la obligación de entregarle. La parte aplazada es lo restante de la cantidad mencionada, tal y tal de la moneda mencionada y diferida a tal plazo, en tal fecha", etc.

La redacción de algunas de las condiciones, como se verá por los siguientes ejemplos, coincide con lo que propone Abensalmún.

"De tales condiciones es que no tomará además de ella otra mujer ni esclava concubina, ni esclava madre, y si hiciere alguna de estas cosas tendrá ella la libre disposición de su persona. Que no se ausentará de ella ni antes ni después de la consumación del matrimonio, ni cerca ni lejos, ni voluntariamente ni pasado más de un año, etc."

3.^a Copiamos el título CCCVIII de las *Leyes de Moros*, publicadas en el *Memorial Histórico Español*, tomo V, pág. 231:

"De cómo se han de fazer los almahares.

Dirán así: En el nombre de Allah el piadoso et apiadador, bendiga Allah a Mahommad, et a los compañeros que fueron de su creencia, et saludar muchas saludes; gradescido sea Allah el mayor, et el muy alto, et el duradero syn fallescimiento, et el que habla en él, et non por semejança, et cansan deiendo en su poder los homes entendudos, et en su semejança, los grandes

sabios, et es quito de la bista de los omes, et los verdaderos de los creedores veenlo en el talante, et con el corazon. El que asmó todas las cosas syn ayudadores, et syn consejeros, et fizo de las gentes syn ome et syn muger, et non los comengó por semejante de forma que fuese en otro tiempo, que feziese otro señor más antiguo, nin otro sabio; mas comengolos con su poder, et es fiador de los complir su gobierno por el señorío suyo, piadandose mucho dellos, non porque los ha el menester en algo, et non porque espera de aber dellos ninguna ayuda; nin lo fizo porque se ayudase con ellos para yr sobre otro señor, nin por deseo que oviese para quel feziesen compañía, mas lizoles para quel conosçiesen. et quel obedesçiesen; et lizolos para quel gradescan, et porque gelo loen, et por poblar con ellos la tierra, et para que cumplan su mandamiento, et por que sepa cual es el que mejor le sirve, et por que le aloen en la tierra, asy como le aloan en los altos cielos, et non finca ninguno bivo que non lo aloa et non lo gradescan, et non finca ninguno que non lo bendize, et bendiziendo a su poder onrran a su señorío, porque todos los del cielo et de la tierra halos el señor piadoso por syervos. Fizo a nuestro padre Adan de tierra fidionda et de barro, et fizo su significança, que se maravillaron los angeles, non catando a otra semejança; et sacó dél a Eeva, et casolos en uno, et dioles morada en el paradyso, et donoles todas las fructas duraderas, salvo del arbol que les defendió de lo que era la poridat del Señor de todo el mundo, que es grande et conplido; et fizo la ordenacion dél nuestro señor comello con todas las maneras; et despues fueron descendidos a la tierra por el grant pecado, et porque fuese comienço de la generacion de las mugeres, et de los omes, et hubiese manera para poblar lo que es poblado de las cuevas et de los llanos. Todo esto [es] ordenado et escripto por su mandato, et gradescido sea Dios que es señor de los cielos et de la tierra et non ovo fijo, nin aparçero con él en el regnado porque aloe ninguno a él; fizo todas las cosas, et ordenolas muy bien ordenadas, et fizo del agua gente, et fizolos parientes, et hermanos, et es nuestro Señor poderoso, et plogol con el açlem (Islam) por ley, et castigonos que la mantoviesemos limpia, et con buena voluntad, et mandó que oviesemos buena vida con nuestras mugeres et que parasemos mientes por nuestros parientes, et enbió los profetas con sabença de su querer, et sabença con su asmamiento: et despues conplio por lo que puso entre marido et muger del buen amor et de la buena piedat; gradescido sea su nombre mientras duraren las mañanas et las noches, et él es al que ruega el omen que añadan en este alongamiento, et en esta creencia. Fizo las gentes de muchas semejanças, et de muchas maneras, et fizo del omen muger, et fizola a él para sosyego et para compañera et fizo dellos, como dicho es, para poblar esta tierra, gente en pos gente; et fizo a Mahomad. Çalla allaho aleihi ua çallam (Dios le bendiga y le salve) con la ley derecha, et conbidó a su gente al casamiento, et fizo por ello mucho por ruego, et por amenaza, et ayuntó con ellos los corazones, et los talentos, et prometió por ello el bien et la merced de Dios, et tendió entre marido et muger la piedat et la bienquerença; et non quedaron los profetas mandando a sus sabios, et a sus adelantados, que lo cumplan asy et que se quiten con ello de muchos pecados fasta que vino nuestro Profeta (bendigal Ala et salute). Et otrosy este es docte de casamiento; abriose con palabras de Allah et con su bendición et con su nombre et cimiento Allah sus casamientos et ayuntelos con bentura et con buena querença, et buena abenença, sus oras et sus allegadas. Et esta carta es de casamiento

entre fulan hijo de fulan et fulana hija de fulano alañary et pusol en este docte con bendición del nuestro señor (bendito sea el su nombre) et con su ayuda et con su abenencia seyscientos mrs. de la moneda que corre (que faze diez dineros el mr.) entre pagados et alçados; los doscientos mrs. [de presente]; et reçebiolos del marido dicho su padre fulan, et pasaron a él et a su poder, et dio por libre della et es libre; et reçebiolos para guysar su fazienda de lo quel mengua, et para ayuda de su casamiento et los cuatrocientos mrs. de la moneda dicha [son] alçados fasta dos años de la era deste açidaque o del dia que se encerraron en uno. Et obligose dicho marido a la dicha su muger del ser amante, et de la ourrar con buen amor, et por el buen casamiento. Las consideraciones sabidas entre los muslemes, son que no case sobre ella et non tome amiga sobrella, et de non tomar a madre de su fijo, et de non ir a otro lugar, et la dexe et de non morar sy non do ella quysiere, et non la defenler de yr a ver sus parientes et de non la facer mal en su cuerpo nin en su algo; et sy facier alguna cosa desto que dicho es sea su mandamiento en la mano. Et él que mantenga su amigança bien et mejorada, et la afeite con la dativa quanto podiere su ayudamiento segun le mandó Allah (bendito sea el su nombre) et a él sobre ella otro tanto de buena amigança et de buen amor, et muchos grados con bendición de nuestro Señor et segun depuso el *açuña* del *anaby*, et que sea en sus manos *alemana* de Allah, segun tomó el nuestro Señor a las mugeres muçlemes sobre sus maridos los muçlemes et que la tenga bien como cumple o que la dege como debe dandol sus derechos. Casole con ella su padre Don fulan el dicho, et esto por el poder que le dió el nuestro Señor sobre su cuerpo, et puso en su mano facer açidaque sobre ella et de ser otrosy alualy sobre ella, et ella es virgen, et de elat, et sana en su cuerpo et en su seso, et syn embargo de desposorio, et esto testimoniaron sobre ella con los que se açertaron et lo oyeron dellos, segun dicho es, seyendo ellos sanos et pasadero su fecho en tal dia, et en tal mes, et el año. Et sy non toviere padre, dirán; casole con ella su pariente fulan tío o sobrino o primo o alcall fulan, et esto [sea] despues que fabló con ella, et la fizo sabidora del dicho su marido, et despues que le fizo sabidora que el su otorgamiento fuese al callar, et que fué preguntado, descubierta la cara, et que calló, et que pareció en el callar su otorgamiento, et es virgen et de edat et sana en su cuerpo et en su seso quita de alhedá et de desposorio. Et sy fuese biuda dirá: Casole su padre con ella, o fulan su pariente, o alcall fulan, et esto despues que la preguntó et la fizo sabidora del dicho fulan su marido, et quel farie *al-mahar* con él, et plogol con todo esto, et otorgó con su boca, que la oyeron, et es muger biuda, poderosa sobre su cuerpo sin embargo del *alhedá* de casamiento, et esto testimoniaron sobre ellos con los que y se acertaron asy como dicho es, testigos."

4.^a Tomada del artículo "El matrimonio según la ley musulmana", de Fermín de Villalta, publicada en la *Revista de Tropas coloniales*, abril 1925.

"Loor a Dios único. La oración y la paz de Dios sean sobre su Enviado y Profeta: Y después. Ha contraído matrimonio, por la gracia de Dios, el muy elevado, la bondad de su asistencia y su generosa protección. Ahmed Ben Mahomed el Rohmaní con la joven Aicha Ben Abd-el-Krim, virgen, que se

halla bajo la tutela de su padre ya mencionado, y la autoridad de su vigilancia, y que legalmente puede contraer matrimonio, mediante la dote feliz de doscientos duros en moneda de la época, a satisfacer en dos partes: una en dinero contante y otra a plazos. Recibió el padre de ella, del mencionado novio, la totalidad de la parte abonable en dinero contante ya citada de manera ostensible, ante dos notarios, consistiendo la ya citada parte pagadera al contado en unos pendientes valorados en ciento cincuenta duros, los cuales aprobó y aceptó con entera satisfacción, dando al novio referido pleno descargo de ello. En cuanto a la parte pagadera a plazos, le será abonada a ella, por partes iguales justas y sin interrupción, en el término de cinco años, a partir de esta fecha, a razón de diez duros a fin de cada año hasta el completo pago de la suma, no pudiendo obtener el descargo ni finiquito de la misma sino mediante el cumplimiento de la obligación que se ha impuesto. Ha contraído el matrimonio con ella según dispone el Libro Santo y la Ley tradicional (la Suna) son sinceridad y buena fe y según las prescripciones del Corán a saber: "Si conservas a tu esposa después de un repudio que no implique el divorcio definitivo, trátala con consideración y si te divorcias de ella definitivamente sé generoso y benévolo con ella."

"La hija ha sido dada en matrimonio al esposo por su padre en virtud de los poderes que ha recibido de Dios sobre ella y ha puesto en sus manos para poder concertar su matrimonio y velar generosamente por ella. Todo cuánto acentó el esposo mencionado, de manera completa, aprobó de buen grado y se obligó a cumplir y ejecutar lo pactado.

"Que Dios les conceda una unión feliz, inspirada en aquello que desee y sea de su satisfacción y agrado.

Ambas partes (el padre y el futuro esposo) reconocieron el valor de este escrito y certifican los notarios que se hallan en perfecto estado de salud y gozo de sus facultades mentales en el día 15 de Ramadán del 1337."

Firman el expresado documentos los adules o notarios, cuyas firmas son a la vez legalizadas por el "kadí" o juez.